DIE ZIVILRECHTLICHE UND STEUERRECHTLICHE STELLUNG DER ZERTIFIKATINHABER BEI GESCHLOSSENEN IMMOBILIENFONDS IN FORM VON KOMMANDITGESELLSCHAFTEN

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Jürgen Hanne
Referendar in Berlin
1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547205_0026

DIE ZIVILRECHTLICHE UND STEUERRECHTLICHE STELLUNG DER ZERTIFIKATINHABER BEI GESCHLOSSENEN IMMOBILIENFONDS IN FORM VON KOMMANDITGESELLSCHAFTEN

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Jürgen Hanne
Referendar in Berlin
1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Professor Dr. Heinz Meilicke
Zweitgutachter: Professor Dr. Karl Sieg

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Mai 1971

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Literaturverzeichnis		V
Verzeichnis der Abkürzungen		XVI
A.	1. Teil: Konstruktion der Immobilienfonds	1
I.	Verschiedenartige Rechtsformen der Immobilienfonds	1
1.	Offene Immobilienfonds	2
2.	Geschlossene Immobilienfonds	8
a)	Die Treuhandlösung (Bruchteilsgemeinschaft)	9
b)	Die gesellschaftsrechtliche Lösung (Kommanditgesellschaft)	15
II.	Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaften	18
1.	Dr. Görtmüller KG (Kommanditist: Deutsche Pfandbriefanstalt)	18
2.	Rheinisch-Westfälische Immobilien Anlagegesellschaft (RWI Fonds) (Kommanditist: Westdeutsche Landesbank Girozentrale)	2o
3.	Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH & Co KG (Kommanditist: Investitions- und Handels-Bank-Aktiengesellschaft Frankfurt/Main)	22
B.	2. Teil: Zivilrechtliche Stellung der Zertifikatinhaber beim RWI Fonds, der Dr. Görtmüller KG, dem Mannheimer Fonds	25
I.	Wirksamkeit der Fonds Gesellschaftsverträge	25
II.	Vorliegen eines Treuhandverhältnisses	29
1.	Voraussetzungen für ein Treuhandverhältnis	3o
a)	Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	3o
b)	Art des vorliegenden Treuhandverhältnisses (nach den Zwecksetzungen der AVB)	31
2.	Form des Treuhandverhältnisses	38
3.	Reichweite des Treuhandverhältnisses	39
4.	Auflösung des Treuhandverhältnisses	4o

Seite

a) Abberufung des Treuhandkommanditisten durch die Anteilsinhaber 4o

b) Kündigung durch den Treuhandkommanditisten 42

5. Auflösung des Immobilienfonds 43

III. Rechtsbeziehungen der Zertifikatinhaber untereinander 46

1. Zertifikatinhaber als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts 46

a) Der gemeinsame Zweck 47

b) Der Gesellschafts-Vertrag 49

2. Zertifikatinhaber als Gemeinschaft nach Bruchteilen 5o

a) Gegenstand der gemeinsamen Berechtigung 51

b) Frage der Teilbarkeit der geschuldeten Leistung 53

IV. Rechtliche Stellung der Zertifikatinhaber gegenüber dem Treuhandkommanditisten 55

1. Art der Beteiligung 55

a) Untergesellschaft 57

b) Geschäftsbesorgungsverhältnis 59

c) Subsidiär geltende Normen (zu den AVB) 61

2. Auflösung des Rechtsverhältnisses 62

a) Übertragung der Rechte auf Dritte 62

aa) Regelung der AVB 62

bb) Rechtlicher Charakter des Anteilscheines 63

cc) Bedeutung der Eintragung ins Zertifikat-register 66

b) Rückgaberecht des Anteilsinhabers 68

aa) Funktion des Rückgaberechts 68

bb) Rücknahmeverpflichtung der Fonds Gesellschaft 68

cc) Vertraglich vereinbartes Rückgaberecht 71

3. Weitere Rechte der Zertifikatinhaber 74

a) Gewinnausschüttung 74

b) Auskunftserteilung und Rechnungslegung 76

c) Ablegung des Offenbarungseides 78

d) Verlust der Zertifikaturkunde 79

		Seite
4.	Pfändung der Anteilsrechte	81
V.	Rechtliche Stellung der Zertifikatinhaber bei Einwirkungen Dritter auf das Treugut	86
1.	Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Komplementäre	86
2.	Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Treuhandkommanditisten	87
3.	Unerlaubte Handlungen Dritter	9o
C.	3. Teil: Steuerrechtliche Stellung der Zertifikatinhaber beim RWI Fonds, der Dr. Görtmüller KG, dem Mannheimer Fonds	94
I.	Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften	94
1.	Einkünfte der Immobilienfonds	94
a)	Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder Vermietung und Verpachtung	94
aa)	Vermögensverwaltung als gewerbliche Tätigkeit	95
bb)	Bebauung der Grundstücke als gewerbliche Tätigkeit	97
b)	Einfluß der Rechtsform auf die Einkunftsart	98
2.	Einkommensteuer	99
3.	Feststellung der Einnahmen und der Werbungskosten der Zertifikatinhaber	1oo
a)	Einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte - § 215 AO	1oo
aa)	Gemeinsame Werbungskosten	1o1
α)	Absetzung für Abnutzung	1o1
β)	Geldbeschaffungskosten und Agio	1o3
bb)	Persönlich getragene Werbungskosten der Zertifikatinhaber	1o6
b)	Anspruch des einzelnen Zertifikatinhabers auf gesonderte Feststellung seiner persönlich getragenen Werbungskosten	1o8
4.	Die übrigen Steuerarten	113
a)	Vermögensteuer	113
b)	Grundsteuer	114
c)	Gewerbesteuer	115
d)	Erbschaftsteuer	116

Seite

II. Mannheimer Fonds (persönlich haftende Gesellschafter: Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH und Rechtsanwalt Engler) 116

1. Einkünfte des Mannheimer Fonds 116

a) Einkünfte aus Gewerbebetrieb 116

b) Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung oder Kapitalvermögen 119

aa) Wirtschaftliche Betrachtungsweise 12o

bb) Zurechnung des Leasing Objektes 121

2. Einkommensteuer 125

3. Die übrigen Steuerarten 127

a) Vermögensteuer 127

b) Grundsteuer 127

c) Gewerbesteuer 127

d) Erbschaftsteuer 128

4. Unterbeteiligung 128

III. Abhängigkeit der Überschüsse und Ertragssteuern von der Art der Finanzierung 129

1. Überschußseite 129

2. Einkommensteuerrechtliche Vor- und Nachteile 13o

IV. Verkauf der Anteile - steuerliche Beurteilung 134

Schlußbemerkung 139

Literaturverzeichnis

Assfalg, Dieter	Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff, NJW 1963, S. 1582 ff.
Ballerstedt, Kurt	Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaft, JuS 1963, S. 253 ff.
Baske, K.	Das Steuergeheimnis, NWB Fach 2, S. 839 ff.
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, 18.Aufl. 1968
Baumbach-Hueck	Kurzkommentar zum Aktiengesetz, 13. Aufl., 1968
Baumbach-Lauterbach	Kurzkommentar zur Zivilprozeßordnung, 30.Aufl., 1970
Becker-Riewald-Koch	Kommentar zur Reichsabgabenordnung, 9.Aufl. 1963
Bergmann, Hans	Chancen und Risiken der Immobilien-Fonds, Das Wertpapier 1966, S. 830 ff.
Bergmann, Hans	Hausbesitz - nach Maß geschneidert, Der Volkswirt 1967, S. 375
Bergmann, Hans	Immobilien-Fonds - Moderne Vermögensanlage mit Zukunft, Der Volkswirt 1966, S. 589 ff.
Blümich-Boyens-Steinbring	Kommentar zur Gewerbesteuergesetz 8.Aufl., 1968
Blümich-Falk	Kommentar zum Einkommensteuergesetz, Bd. I +II, 9. Aufl. 1964
Bomblies, Sigurd	Die Konstruktionen der deutschen Immobilienfonds, WID 1967 Nr. 6, S. 11 ff.
Brinkmann, J.	Die Behandlung des Leasing im Ertragssteuerrecht, Neue Betriebswirtschaft, 21.Jahrgang, März 1968, S. 22 ff.
Brox, Hans	Die Anfechtung von Dauerrechtsverhältnissen , BB 1964, S. 523 ff.

Brönner, Herbert	Die Besteuerung der Gesellschaften, 11.Aufl., 1965
Buchwald	Die Bruchteilgemeinschaft als Form der Beteiligung an einem Handelsgewerbe, Juristische Rundschau 1967, S. 367 ff.
Buchwald	Neuere Entwicklungen im Gesellschafts- (Beteiligungs-) Recht, BB 1968, S. 1181 f.
v. Caemmerer, Ernst	Kapitalanlage- oder Investmentgesellschaften, JZ 1958, S.41 ff.
Diedenhofen, Hans	Die Grundsteuervergünstigung nach dem II. WoBauG., DB 1956, . 557 ff.
Dietz, Albrecht	Stellungnahme zum Urteil des BFH v. 26.1.1970, IV R 144/66, Der Volkswirt 1970, S. 41/42
Düchting, Alfons	Die Unterbeteiligung im Einkommen- und Gewerbesteuerrecht, BB 1963, S. 808 ff.
Düringer-Hachenburg	Handelsgesetzbuch, II Band, 1. Hälfte, 3.Aufl., 1932
Eisenmenger, Hartmut	Immobilieninvestment als Finanzierungsinstrument und Kapitalanlage, Der Langfristige Kredit 1966, S. 151 ff.
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, II.Band, 15.Bearbeitung, 1958
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Allgemeiner Teil, I. Band, 1. und 2. Halbband, 15. Bearbeitung, 1960
	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1.Band, 4.Aufl.1967
Esch, Günter	Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen, NJW 1964, S. 902 ff.

Fink, Hans Ludwig	Wirtschaftliche und steuerliche Beurteilung von Leasing-Verträgen, DB 1964, S. 1069 ff.
Flick, Hans	Stellungnahme zum Urteil des, BFH v. 26.1.1970 IV R 144/66 Der Volkswirt 1970, S. 43/44
Flick, Hans	Zur Bilanzsteuerlichen Behandlung von Leasing-Verträgen, DStR 1969, S. 329/330
Gadow-Heinichen-Schmidt-Weipert	Großkommentar zum Aktiengesetz, 1. Bd.,2.Aufl., 1962-1964
George, Heinz	Steuerliche Behandlung des Leasing, NWB Fach 17 a, S. 347 ff.
v. Gierke, Julius	Das Recht der Wertpapiere, 1954
v. Godin-Wilhelmi	Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, 3. Aufl., 1965
Gördel, Karl-Joseph	Rechtsform der Personengesellschaft (OHG, KG) für Immobilien-Anlagegesellschaften zulässig? BB 1966, S. 1000 f.
Grass, Adolf	Leasing, FR 1967, S. 448 ff.
Gräfen, Dieter	Immobilienzertifikate, DB 1966, Beilage Nr. 17, S. 19 f
Grieger	Bedeutung der Eintragung ins Handelsregister, StbJb. 1966/67, S. 164 ff.
Grieger	Anmerkung zum Urteil des BFH vom 19.1.1960, BB 1960, S. 620 f.
Grieger	Anmerkung zum Urteil des BFH vom 19.1.1960, BB 1960, S. 620 f.
Hachenburg, Max	Kommentar zum GmbH-Gesetz, bearbeitet von Schmidt und Schilling, Berlin 1956
Haemmerle, Hermann	Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses? Gutachten in: Verhandlungen des 36.Deutschen Juristentages (Lübeck), 1.Bd., 1931, S. 632 ff.

Handbuch der Personengesellschaften	bearbeitet von Westermann, Scherpf, Paulick, Bulla, Hackbeil, 1969, zitiert: Verf., Handbuch der Personengesellschaften
Hartisch, Hans	Vertretung und Treuhand im Steuerrecht, Diss. 1962, Münster
Havermann, Hans	Leasing; Eine betriebswirtschaftliche, handels- und steuerrechtliche Untersuchung. Düsseldorf 1965
Havermann, Hans	Stellungnahme zum Urteil des BFH v. 26.1. 1970, IV R 144/66 Der Volkswirt 1970, S. 42/43
Herrmann-Heuer	Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer, Bd. IV, EK Lfg. 83 Jan. 1969
Herzfeld, Edgar	Die Unterbeteiligung, AcP 137 (1933), S. 270 ff.
Hildebrandt, Heinz	Wertpapierrecht, Allgemeiner Teil, als Manuskript gedruckt 1957
Hildebrandt, Joachim	Die gesellschaftsrechtliche konstruierten Immobilienfonds, WID 1967 Nr. 4, S. 22 ff.
Hintner, Otto	Leasing in betriebswirtschaftlicher und steuerlicher Sicht, DStZ Ausgabe A, 1965, S. 309 ff.
Huber, Ulrich	Die Rechtstellung des Treugebers gegenüber Gläubigern und Rechtsnachfolgern des Treuhänders; - Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung- Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Institutes für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg; 1967
Hübschmann-Hepp-Spitaler	Kommentar zur Reichsabgabeordnung, 5. Aufl., Stand Okt. 1969
Hueck, Alfred	Recht der Wertpapiere, 7. Aufl., 1957

Hueck, Alfred	Das Recht der offenen Handelsgesellschaften, 3.Aufl., 1964
Jacobi, Ernst	Die Wertpapiere, Jena 1901
Jaeger-Lent	Kommentar zur Konkursordnung, Bd. I, 8.Aufl., 1958
Janberg, Hans	Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht, BD 1953, S. 77 f.
Kirsten, Walter	Treuhand und Treuhänder im Steuerrecht, 1965 Verlag NWB, Herne-Berlin
Klenk, Friedrich Ernst	Die rechtliche Behandlung des Investmentanteils, 1967; Bankrechtliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaftliche und Bankrecht an der Universität Köln
König, Karl	Immobilien-Fonds in Deutschland, Industriekurier v. 2.Juni 1964 Nr. 85, S. 7
König, Karl	Die Gestaltung offener Immobilien-Fond in Deutschland, WID 1967 Nr. 2, S. 15 ff.
Kötz, Hein	Anmerkungen zum Urteil des BGH v. 4.April 1968, NJW 1968, S. 1471
Krah, Roloff	Aktuelle Probleme aus der Abgabeordnung, FR 1962, S. 370 ff.
v.Kries, Helmut	Die Rechtstellung des Erwerbes bei treuwidrigen Verfügungen eines Treuhänders Diss., Göttingen, 1965
Kühn, Rolf	Kommentar zur Abgabeordnungs-Finanzgerichtsordnung, Stuttgart, 9. Aufl., 1968
Lademann-Lenski-Brockhoff	Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 3. Aufl., Stand April 1970
Lange, Joachim	Personengesellschaften im Steuerrecht, Verlag NWB, Herne-Berlin, 1967
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil und Besonderer Teil, 9. Aufl., 1968 zitiert: Larenz, Schuldrecht I bzw. II

Leinhäuser, Werner	Wahrung des Steuergeheimnisses bei einheitlicher Gewinnfeststellung, FR 1966, S. 341 ff.
Lenel, Otto	Unentgeltliche und entgeltliche Geschäftsbesorgung, AcP 129 (1928) S. 1 ff.
Lenski,-Steinberg	Kommentar zum Gewerbesteuergesetz, 1.- 2.Aufl., 1962
Liebich, Dieter	Treuhand und Treuhänder im Wirtschaftsrecht ; NWB Verlag, 1966, Herne-Berlin
Lipfert, Helmut	Rentabilität von Immobilien und Immobilienfonds-Anteilen, Handelsblatt v. 15.April 1969 Nr. 72, S. 15 f.
Lipfert, Helmut	Der Treuhänder hat eine Schlüsselrolle, Handelsblatt v. 24.April 1968 Nr. 80, S. 15 f.
Lipfert, Helmut	Immobilienfonds und der Fiskus, Die steuerliche Behandlung der Zertifikate; Handelsblatt v. 12.November 1968 Nr. 219, S. 15 f.
Locher, Eugen	Das Recht der Wertpapiere, 1947
Ludewig, Wilhelm	Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg, 1922
Martini, Eberhard	Rechtliche Probleme eines Immobilienzertifikates; Abhandlung aus dem Gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 1967, Beiheft 32, zitiert: Martini, Immobilienzertifikate
Masuch, Elmar	Investitionszulage für bewegliche Leasing-Gegenstände, NWB Fach 3 Berlin, S 675 ff.
Megow, Heinrich	Erbschaftsteuergesetz, 5.Aufl., 1969
Meilicke, Heinz	Leasing, BB 1964, S. 691 ff.
Mellerowicz, Konrad	Eine neuartige Form des Immobilien-Investments, ZfB 1963, S. 179 ff.

Mentzel-Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung 7. Aufl., 1962
Meyer-Cording,Ulrich	Investment-Gesellschaften, ZHK Bd. 115 (1952) S. 65 ff.
Mutze, Otto	Rechtliches oder wirtschaftliches Eigentum, NJW 1963, S. 513 ff.
Müthling, Hans	Kommentar zum Gewerbesteuergesetz, 2. Aufl., Stand 11.1. 1969
Nissen, Karl-Heinz	Besteuerung ausländischer Investmentanteile, Anderung des Kapitalanlagesetzes, DStZ 1969, S. 282 ff.
v. Nottbeck, Benno	Über die Grenzen der Freizeichnung in allgemeinen Lieferungsbedingungen, Diss. Göttingen 1960
Onderka, Günther	Die neue Investmentgesetzgebung, BB 1969, S. 1018 ff.
Opitz, Georg	Die Treumacht, ZfK 1954, S. 513 ff.
Palandt	Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 27. Aufl., 1968
Paulick, Heinz	Handbuch der stillen Gesellschaft, Mannheim 1959
Radke, Werner	Das Unmittelbarkeitsproblem bei der fiduziarischen Treuhand, Diss. 1933
Raiser, Ludwig	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg, 1935
Raiser, Ludwig	Das Rektapapier, ZHK, Bd. 101, 1935, S. 13 ff.
Rau, H.G.	Zur Bewertung einer Mietverlängerungsoption beim Leasing, BB 1968, S. 1027, 1028
Reuter, Gerhard	Investmentfonds und die Rechtsstellung der Anteilsinhaber, Diss. Frankfurt a.M., 1965 zitiert: Reuter, Investmentfonds
Reichel, Wolfgang	Rechtsgestaltung und wirtschaftliche Bruchteilseigentum bei geschlossenen Immobilien-Fonds, WID 1967, Nr. 3, S. 10 ff.

Reichel, Wolfgang	Die rechtliche Konstruktion des Immobilien- "Investments", BB 1965, S. 1117 ff.
Reichel, Wolfgang	Rechtsgrundlagen, Gestaltungsmerkmale und Perspektiven der deutschen Immobilien-Fonds, WID 1967, Nr. 1, S. 12 ff.
Reichsgerichtsräte Kommentar zum BGB	11. Aufl., 1960; Recht der Schuldverhältnisse, I. Band, 2. Teil; Einzelne Schuldverhältnisse, II. Band 1. Teil und II. Band 2. Teil
Reichsgerichtsräte Kommentar zum HGB	Band II: Das Recht der OHG, der KG und der stillen Gesellschaft, 2. Aufl., 1950, zitiert: Weipert in RGR Komm. z. HGB; 3. Aufl., 1967, zitiert: Fischer in Grokomm. HGB
Reinhardt- Erlinghagen	Die rechtsgeschäftliche Treuhand- ein Problem der Rechtsfortbildung, JuS 1962, S. 41 ff.
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., 1961
Rössler-Troll	Kommentar zum Bewertungsgesetz und Vermögenssteuergesetz, 8. Aufl., 1968, Bd. I und II
Schade-Schubart	Kommentar zum zweiten Wohnungsbaugesetz, Stand vom Mai 1967
Schlegelberger-Geßler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II, Aufl., 1963
Schmidt, Harald	Die einkommensteuerrechtliche Behandlung der Unterbeteiligung, Die steuerliche Betriebsprüfung 2, 1970, S. 26 ff.
Schneider, Herbert	Über die Unterbeteiligung an Anteilen an einer Personengesellschaft als stille Gesellschaft, Festschrift für Philipp Möhring, zum 65.Geburtstag, S. 115 ff.
Schneider, Michael	Eigenkapitalbeschaffung durch Immobilieninvestment, Der Langfristige Kredit, 1966 S. 571 ff.

Schomburg/Kühr	Kommentar zum Mehrwertsteuergesetz, Stand 18.März 1969
Schorck, Ludwig	Der Steuerfiskus rechnet mit, Handelsblatt v. 18.April 1967 Nr. 75, S. 16
Seydel, Helmut	Grundstücksinvestmentfonds in Deutschland, DBI 1962, S. 123 f.
Seeliger, Gerhard	Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht, 1962, zitiert: Seeliger, wirtschaftl. Eigentum
Siara-Tormann	Kommentar zum Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, Frankfurt 1957, zitiert: Siara-Tormann, Komm. z.KAGG
Siebert, Wolfgang	Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg in Hessen, 1933
Soergel-Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1, Allgemeiner Teil,10.Aufl 1967 Band 3, Schuldrecht II,10.Aufl. 1969
Staub's Kommentar	Zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., 1932
v. Staudinger, J.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Band, 1957 bearbeitet v. Brändl, Coing; II. Band, Teil 1c, 1967, bearbeitet von Werner,Kaduk; II. Band, 3. Teil, 1958, bearbeitet von Nipperdey, Mohnen, Neumann, Riedel; II. Band, 4. Teil, 1958, bearbeitet von Brändl, Keßler, Müller, Seufert, Vogel; III.Band, 1.Teil, 1956, bearbeitet von Berg, Ring, Seufert
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, z.Bd., 18.Aufl. 1956
Sudhoff-Heinrich	Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 3.Aufl., 1967
Terstegen	Das Steuergeheimnis, Deutsche Steuer-Rundschau, 1953, S. 301 f.

Tiefenbacher	Anmerkung zum Urteil des BGH v. 15.6.1961, BB 1961, S 1028
Thiel, Jochen	Zivilrechtliche und steuerrechtliche Probleme des Leasing, BB 1967, S. 325 ff.
Thiel, R.	Das Leasing -steuerlich gesehen, Die Information über Steuer und Wirtschaft, 1964, S. 121 ff.
Tipke-Kruse	Kommentar zur Reichsabgabeordnung, 2.- 4. Aufl. 1965/69
Tornier, Kurt	Das jüngste Sparinstrument: Immobilienzertifikate. Der Langfristige Kredit, 1960, S. 87 ff.
Trippen, Ludwig	Deutsche Immobilienfonds: Modelle nach Maß, Handelsblatt vom 18.April 1967, Nr. 75, S. 13 f.
Ulmer, Eugen	Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart-Berlin, 1938
Ulmer, Eugen	Über Bodo Richter, Das Aktienbuch, Berlin, 1934, AcP 141, S. 244 ff.
Vogel, Horst	Steuerliche Beurteilung von Leasing-Verträgen, StbJB 1964/65, S. 187 ff
Völling, Johannes	Wenn der Anteilsinhaber wieder "aussteigen" will (Rückgabe von Immobilienzertifikaten), Handelsblatt v. 24.Oktober 67 Nr. 206, S. 13 f.
Wechsler, Ulrich	Immobilienfonds, Taschenbücher für Geld, Bank und Börse, 1968 Fritz Knapp Verlag, Frankfurt/M. zitiert: Wechsler, Immobilienfonds.
Weigel, Hansjörg	Die Rechter der Inhaber von Anteilen an Immobilien-Anlagegesellschaften, Diss. 1966, Universität Erlangen, Zitiert Weigel, Immobiliengesellschaften
Weissenborn/Schaaf	Die ertragsteuerliche Behandlung der Leasing-Verträge DStR 1969, S. 325 ff.

Westermann, Harry	Haftung für fremdes Handeln, JuS 1961, S. 333 ff.
Westermann, Harry	Lehrbuch des Sachrechts, 5. Aufl. 1966
Wiedemann, Herbert	Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965
Westphal, Peter	Neue Konstruktionen soll alle Vorteile vereinigen, Handelsblatt v. 1.Dezember 1970 Nr. 230, S. 26
Wieczorek, Bernhard	Großkommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. IV, Teil 1, 1958
Wolff, Hans-Jürgen	Der Treuhänderkommanditist, Diss. 1966, Köln

Verzeichnis der Abkürzungen

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfA	Absetzung für Abnutzung
a.a.O.	am anderen Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AO	Reichsabgabeordnung
AVB	Allgemeine Vertragsbedingungen
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BewG	Bewertungsgesetz
BdF	Bundesminister für Finanzen
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-Ges	Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BR	Bundesrepublik
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BStBl	Bundessteuerblatt
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuerzeitung (Zeitschrift)
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
DII	Deutsche Immobilien Investierungs-Aktiengesellschaft
eGmbH	eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung
ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien
FN	Fußnote
FinMinErl	Erlaß der Finanzministerien

FR	Finanzrundschau (Zeitschrift)
GewStDV	Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GfB	Gesellschaft für Finanzberatung
GmbH-Rsch	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GrStG	Grundsteuergesetz
Ges-Vertrag	Gesellschaftsvertrag
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GS	Großer Senat
HGB	Handelsgesetzbuch
i.e.S.	im engeren Sinn
i.w.S.	im weiteren Sinn
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
jur.	juristisch
JuS	Juristische Schulung(Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KG	Kommanditgesellschaft
Kredit	Der langfristige Kredit (Zeitschrift)
KVStG	Kapitalverkehrssteuergesetz
Lfg.	Lieferung
MdR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe
OHG	Offene Handelsgesellschaft
Rdn	Randnummer
RFH	Reichsfinanzhof
RGR-Komm.	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Amtliche Sammlung der Rechtsgerichts-rechtsprechung in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)

RStBl	Reichssteuerblatt
RWI	Rheinisch-Westfälische Immobilien-Anlagegesellschaft
Rz	Randziffer
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StbJb	Steuerberater-Jahrbuch
StRK	Steuerrechtskartei
UStG 1967	Umsatzsteuergesetz (Mehrwertsteuer) vom 29.Mai 1967
Vorb	Vorbemerkung
VStG	Vermögensteuergesetz
WID	Wirtschafts und Investment Digest (Zeitschrift)
WoBauG	Wohnungsbaugesetz
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft

DIE ZIVILRECHTLICHE UND STEUERRECHTLICHE STELLUNG DER ZERTIFIKATINHABER BEI GESCHLOSSENEN IMMOBILIENFONDS IN FORM VON KOMMANDITGESELLSCHAFTEN

A. 1. Teil: Konstruktion der Immobilienfonds

I. Verschiedenartige Rechtsformen der Immobilienfonds

Der große Kapitalbedarf zum Erwerb von Grundstücken und deren Bebauung sowie die Idee, auch Sparer kleinerer Beträge an Immobilien zu beteiligen, ohne sie mit der Errichtung von Gebäuden und deren Verwaltung zu beschweren, hat in der Bundesrepublik seit 1959 zu den verschiedenartigsten Konstruktionen von Immobilienfonds geführt. Dabei stellte sich das Problem, die Kapitalanleger wirtschaftlich an die Immobilien so nah wie möglich zu bringen, gleichzeitig aber ein Mindestmaß an Fungibilität der Anteile zu gewährleisten.[1] In der Praxis haben sich bisher im wesentlichen drei verschiedenartige Immobilienfondstypen gebildet,[2] denen verschiedene wirtschaftliche Konzeptionen zugrundeliegen. Einmal bestehen die sogenannten offenen Fonds, die ihr Vermögen nach dem Grundsatz der Risikomischung anlegen und nach dem open-end Prinzip arbeiten[3] (unbeschränkte Mitgliederzahl), daneben gibt es die geschlossenen Fonds (closed-end-fonds) mit beschränkter Mitgliederzahl und im voraus genau festgelegten Bauprojekten. Bei den geschlossenen Immobilienfonds unterscheidet man wiederum zwei verschiedene Grundtypen, je nachdem, ob sie in Form von Bruchteilsgemeinschaften oder Kommanditgesellschaften errichtet sind.[4]

Für die Konstruktion der Immobilienfonds waren die Gestaltungsformen des Bürgerlichen Rechts, Handelsrechts und Steuerrechts maßgebend. Das Gesetz über die Kapitalanlagegesellschaften vom 16. April 1957[5] regelte nur die Rechtsverhältnisse der Wertpapier-

---

1) Reichel, BB 1965, S. 1117; s. auch Seydel, DB 1962, S. 123
2) Bomblies, WID 1967 Nr. 6, S. 11 f.; Eisenmenger, Kredit 1966, S. 152; Gräfen, DB 1966 Beilage 17, S. 2o/21
3) Nach diesem Prinzip arbeiten Gesellschaften, die ständig Anteile ausgeben und zum Inventarwert zurücknehmen.
4) Trippen, Handelsblatt v. 18.4.1967 Nr. 75, S. 13f.
5) BGBl I 1957, S. 378

investmentfonds und war für Immobilienfonds nicht anwendbar.[1] Erst die Ergänzung des am 1. November 1969 in Kraft getretenen Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften[2] regelt auch die Rechtsverhältnisse der den Wertpapierfonds ähnelnden offenen Immobilienfonds.

Für geschlossene Grundstücksfonds fehlt es weiterhin an einer speziellen gesetzlichen Grundlage.[3]

Die unterschiedlichen Grundformen der Immobilienfonds, die verschiedenen Zielsetzungen entspringen, sollen im folgenden kurz dargestellt werden.

1. Offene Immobilienfonds

Der erste in der BR aufgelegte Immobilienfonds, der iii Fonds Nr. 1[4], wurde von der Internationales Immobilien Institut AG, München, im Februar 1959 als Gemeinschaftsgründung der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank und der Bayerischen Vereinsbank ins Leben gerufen.[5][6] 1965 folgte der iii Fonds Nr.2.[7]

---

1) Vgl. hierzu Martini, Immobilienfondszertifikate, S. 16 f.; Hildebrandt, WID 1967 Nr. 4, S. 24; Tornier, Kredit 1960, S.88
2) "Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, über die Besteuerung ihrer Erträge sowie die Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften" vom 28. Juli 1969; Unter dieser gemeinsamen Überschrift enthält das Gesetz zwei Teile, die jeder für sich ein eigenes Gesetz darstellen (Ausl InvG u. KAGG), s. Onderka, BB 1969, S. 1018
3) Der Bundestagsausschuß für Kommunalpolitik, Raumordnung, Städtebau und Wohnungswesen hat an die Bundesregierung die Bitte gerichtet, die Frage einer gesetzlichen Regelung auch der sog. geschlossenen Immobilienfonds zu prüfen; s. Onderka, a.a.O.; Nissen, DStZ 1969, S. 289
4) Trippen, Handelsblatt vom 18.April 1967 Nr. 75, S. 13
5) Eisenmenger, Kredit 1966, S. 151
6) Als Vorläufer kann man schon die am 15.10.1936 gegründete "Sparer-Schutz-Kasse eGmbH" bezeichnen, die aber keine überregionale Bedeutung erlangte. Vgl. König, WID 1967 Nr. 2, S. 15; Weigel, Immobiliengesellschaften, S. 2
7) Vgl. Kurzporträt, WID Nr. 2, S. 30

In Anlehnung an die rechtliche Ausgestaltung des iii Fonds Nr. 1 wurde von der Deutschen Sparkassen-Immobilien-Anlagegesellschaft mbH der Despa-Fonds aufgelegt, der eine Gemeinschaftsgründung der Girozentralen in der BR ist.[1)]

Im April 1966 legte die CO-OP Immobilien-Fonds Verwaltung AG, Hamburg, den CO-OP-Fonds auf,[2)] dessen Fondsvermögen im wesentlichen der Finanzierung von Konsumläden dient.[3)]

Vor dem Erlaß spezieller gesetzlicher Bestimmungen waren die offenen Immobilienfonds aus handels- und steuerrechtlichen Gründen gezwungen, eine recht komplizierte Konstruktionsform zu wählen. Da die in Fonds zusammengeschlossenen Vermögensmassen selber keine Rechtspersönlichkeit haben können, wurde für jeden Fonds eine Grundstücksgesellschaft (Aktiengesellschaft) gegründet, der die Eigentümerposition am Grundvermögen zukam. Zusätzlich wurde eine Fondsverwaltungsgesellschaft errichtet,[4)] die mit den Anlegern in Verbindung trat, ihnen die Anteilscheine verkaufte und mit dem Erlös sämtliche Aktien der vorgeschalteten Grundstücksgesellschaft erwarb. Um eine Doppelbesteuerung möglichst zu vermeiden,[5)] (Grundstücksaktiengesellschaft = Körperschaft-,

---

1) Wechsler, Immobilienfonds, S. 65
2) Bergmann, Das Wertpapier, S 832; CO-OP-Fonds stimmte in allen wesentlichen Punkten mit der Konstruktion des iii Fonds Nr. 1 überein. Bergmann spricht sogar von Kopie.
3) Wechsler, a.a.O., S. 66; Bergmann, a.a.O.; dort ist ausgeführt, daß aus Gründen der Risikostreuung nicht ausschließlich Konsumläden finanziert werden. Im Gegensatz zum iii Fonds Nr. 1 werden die Zertifikate jedoch nicht laufend emittiert, sondern es werden Trachen aufgelegt. Die erste Trache betrug 15 Mio.
4) Bei den iii Fonds (Nr. 1 und Nr. 2) und dem CO-OP Fonds eine Aktiengesellschaft; beim Despa-Fonds eine GmbH.
5) Die steuerlichen Vergünstigungen des § 21 Abs. 1 S. 2 KAGG 1957 galten nicht für Immobilienfonds.

Vermögen- und Gewerbesteuer, bei den Anteilsinhabern = Einkommen- und Vermögensteuer) wurde der größte Teil des Erlöses der Grundstücksgesellschaft in Form von Darlehen zur Verfügung gestellt.[1)]

An den aus Aktien- und Darlehensforderungen bestehenden Fondsvermögen waren die Anleger nach Bruchteilen beteiligt.[2)]

Ausgehend von der vorgefundenen wirtschaftlichen Konzeption vereinfachte der Gesetzgeber in der Ergänzung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (im folgenden KAGG) die Konstruktion der offenen Fonds und stärkte gleichzeitig den Schutz der Anleger. Die zum Grundstücks-Sondervermögen gehörenden Gegenstände müssen nach den neuen gesetzlichen Bestimmungen im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft (Fonds-Verwaltungsgesellschaft) stehen (§ 27 KAGG), so daß die vorgeschaltete Grundstücksgesellschaft damit entfällt.[3)] Bei dieser sog. Treuhandlösung[4)] erwirbt die Kapitalanlagegesellschaft aus den ihr von den Anlegern anvertrauten Mitteln die Immobilien (Sondervermögen), die sie dann treuhänderisch für Rechnung der Anleger im eigenen Namen verwaltet. Die laufende Überwachung des treuhänderisch verwalteten Grundstücksbestandes und die Verwahrung der zum Sondervermögen gehörenden Geldbeträge und Wertpapiere obliegt einer Depot-

---

1) Bei einem Verhältnis von ca. 3o % Aktienkapital zu 7o % Darlehensforderungen entfiel i.d.R. die Doppelbesteuerung; s. auch Martini, Immobilienzertifikate, S. 21

2) Die Anteilsinhaber waren quotenmäßig bürgerlich-rechtliche Miteigentümer der Aktien und Bruchteilsgläubiger der Forderungen; s. König, WID 1967 Nr. 2, S. 2o; Weigel, Immobiliengesellschaften, S. 136

3) Die für Wertpapier Sondervermögen zugelassene Möglichkeit, daß die Gegenstände des Sondervermögens im Miteigentum der Anteilsinhaber stehen - § 6 Abs. 1, S. 2 KAGG 1957 - ist für Grundstückssondervermögen damit ausgeschlossen.

4) Unter Treuhandlösung versteht man eine Rechtskonstruktion, bei der die zum Sondervermögen gehörenden Werte im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft stehen; s. z.B. Siara-Tormann, Komm. z. KAGG § 6 Anm. 1

Bank (§ 28 KAGG),[1] ohne deren Zustimmung die Kapitalanlagegesellschaft auch nicht mehr über Gegenstände des Sondervermögens verfügen kann.[2][3]

In steuerlicher Hinsicht ist für das Grundstücks- Sondervermögen ausdrücklich bestimmt worden, daß es von der Körperschaftssteuer, Gewerbesteuer und Vermögensteuer befreit ist (§§ 41, 35 KAGG).

Die Ausschüttungen[4] sind bei den Anteilsinhabern lediglich als Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S. des § 2o Abs. 1 Ziffer 1 EStG zu versteuern, soweit sie nicht zum Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen gehören (§ 42 KAGG). Steuerfrei sind jedoch Ausschüttungen, die aus der Veräußerung von Grundstücken und Erbbaurechten erzielt worden sind (§ 42 KAGG), es sei denn, daß die Spekulationsfrist des § 23 EStG[5] nicht gewahrt worden ist.

Im übrigen sind die offenen Immobilienfonds den Wertpapierfonds angeglichen worden,[6] mit der Folge, daß die Kapitalanlagegesellschaften nunmehr das Investmentgeschäft gemäß § 1 KAGG betreiben[7] und daß das Grundstücks-Sondervermögen weder für die Verbindlichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft haftet, noch im

---

1) Die Verwaltungsgesellschaften hatten sich früher freiwillig der Kontrolle einer Treuhandbank unterzogen; s. im einzelnen Martini, Immobilienfondszertifikate, S. 126 f.
2) Die Depotbank muß jedoch jeder Verfügung, die mit den Vorschriften des KAGG und den AVB vereinbar ist, zustimmen, § 28 Abs. 3 KAGG.
3) Die Verfügungsbeschränkung ist in das Grundbuch einzutragen, § 28 Abs. 4 KAGG.
4) Das KAGG und das Ausl InvG unterscheiden zwischen Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Beträgen (nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendeten Erträge) § 17 Ausl InvG, §§ 42, 44, 45 KAGG.
5) Es handelt sich dabei um Veräußerungsgeschäfte, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als 2 Jahre betragen hat.
6) Vgl. Artikel 1 Nr. 1 KAGG v. 28.7.1969 i.V.m. § 1 Abs.1 KAGG 1957
7) Gemäß § 2 Abs. 1 KAGG i.V.m. § 1 KWG sind die Kapitalanlagegesellschaften Kreditinstitute und unterstehen damit dem Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen in Berlin.

Konkurs zur Konkursmasse der Kapitalanlagegesellschaft gehört.[1)2)]

Die bisher tätigen offenen Immobilienfonds werden durch das KAGG vor die Alternative gestellt, sich den neuen Vorschriften anzupassen oder den Geschäftsbetrieb einzustellen.[3)] Für die Überleitung der Unternehmen in die gesetzlich vorgesehene Rechtsform sieht das KAGG handelsrechtliche und kostenrechtliche Erleichterungen vor.[4)]
Durch die Anpassung der Immobilienfonds an die gesetzlichen Bestimmungen ändert sich zwar der Inhalt des Rechts der Zertifikatinhaber,[5)] sie erleiden jedoch dadurch keinerlei Nachteile.[6)]

Der Vorteil offener Immobilienfonds liegt darin, daß eine optimale Risikomischung nach Lage, Nutzungsart und Größe der Immobilien erreicht werden kann.[7)8)] Den Anlegern steht weiterhin

---

1) § 23 und Art. 1 Nr. 6 KAGG 1969 i.V.m. §§ 9 Abs. 2 und 12 Abs. 3, S. 2 KAGG 1957
2) Das Grundvermögen haftete vorher für die Verbindlichkeiten der vorgeschalteten Grundstücksgesellschaft und gehörte zur Konkursmasse.
3) § 1 Art. 2 KAGG-Übergangsvorschriften
4) § 1 ff. Art. 2 KAGG, a.a.O.; s. auch Nissen, DStZ 1969, S. 289
5) Die Anteilsinhaber waren quotenmäßige Miteigentümer der Aktien der vorgeschalteten Grundstücksgesellschaft bzw. deren Bruchteilsgläubiger (s. Seite 4 FN 2). Jetzt stehen ihnen nur schuldrechtliche Ansprüche gegen die Kapitalanlagegesellschaft als Treuhänder zu; s. z.B. Klenk, Behandlung des Investmentanteils, S. 1o für Wertpapierfonds.
6) Die Anpassung an die gesetzlichen Formen führt zu keiner Gewinnverwirklichung; im übrigen ist der Schutz der Anleger verstärkt worden (Vollstreckungs- und Konkursschutz-Kontrollfunktion der Depotbank).
7) Gräfen, DB 1966 Beilage 17, S. 2o; König, Industriekurier v. 2. Juni 1964 Nr. 85, S. 7; Tornier, Kredit, S. 88; Mellerowicz, ZfB 1963, S. 181
8) Um überhaupt eine ausreichende Risikostreuung zu sichern, enthält das KAGG spezielle Regelungen über die Zusammensetzung des Sondervermögens, §§ 24 - 26 KAGG.

ein nunmehr gesetzlich gesichertes Rückgaberecht zu,[1] wobei die Ausgabe und Rücknahme der Anteilscheine jetzt von der Depotbank durchgeführt wird.[2] Der Rücknahmepreis ist dabei genau festgelegt. Einem Sachverständigenausschuß[3] obliegt die Bewertung der Vermögensgegenstände, und der Ausgabe- und Rücknahmepreis der Anteilscheine ist mindestens einmal jährlich zu ermitteln (§ 31 Abs. 2 KAGG).

Wie schon erwähnt, gehören Ausschüttungen der offenen Fonds zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, und sie sind entsprechend den jeweiligen Steuersätzen der Anteilsinhaber zu versteuern. Für Anleger gehobener Einkommensverhältnisse ist diese Grundstücksbeteiligung nicht so attraktiv. Für sie wäre es reizvoller, eine möglichst steuerfreie Ausschüttung zu erlangen, wozu die "Weiterleitung" der anfallenden Werbungskosten, insbesondere der AfA erforderlich wäre.[4] Die Gebäudeabschreibung wird jedoch in Höhe der handelsrechtlichen AfA von der Kapitalanlagegesellschaft geltend gemacht, die die entsprechenden Beträge in neue Grundstücksobjekte reinvestiert.[5] Die offenen Immobilien-

---

1) Der Immobilienfonds hat zu diesem Zweck eine Mindestliquidität an Barguthaben oder lombardfähigen Wertpapieren in Höhe von mindestens 5 % des Sondervermögens zu halten, § 32 KAGG; häufen sich Rückzahlungsbegehren, s. §§ 33, 34 KAGG.
2) Früher war das Aufgabe der Fondsverwaltungsgesellschaft.
3) Die Mitglieder müssen unabhängige und fachlich geeignete Persönlichkeiten mit besonderer Erfahrung auf dem Gebiet der Bewertung von Grundstücken sein, § 29 Abs. KAGG.
4) Vgl. auch Bergmann, Das Wertpapier 1966, S. 832
5) König, WID 1967 Nr. 2, S. 23

fonds, die dadurch einen wertbeständigen Charakter erhalten[1] und zutreffend als wertpapierorientiert bezeichnet werden,[2] sind für Anleger, deren Einkommen einer hohen Steuerprogression unterliegt, nicht so interessant.

Ausgehend von dieser Grundüberlegung entwickelten sich in der BR die geschlossenen Immobilienfonds.[3]

2. Geschlossene Immobilienfonds

Im wesentlichen steuerliche Gesichtspunkte führten in der BR zur Gründung geschlossener Immobilienfonds. Im Gegensatz zu den offenen Immobilienfonds wird hier ein festumrissenes, vorher genau bestimmtes Bauprojekt vorgesehen. Die Finanzmittel werden zum Teil durch Ausgabe von Zertifikaten und zum Teil durch Kreditaufnahme aufgebracht.[4] Ist das vorgesehene Eigenkapital[5] gezeichnet, wird der Fonds geschlossen (closed-end-Prinzip) und die Summe der ausgegebenen Immobilienzertifikate bleibt nunmehr konstant. Weitere Anleger können sich an diesem Fonds nicht mehr beteiligen, es sei denn, als Zweiterwerber. Ebenso können auch neue Immobilien nicht mehr hinzuerworben werden.[6]

---

1) Sowohl beim iii Fonds Nr. 1 als auch beim iii Fonds Nr. 2 traten bisher jährliche Wertsteigerungen ein, was darauf zurückzuführen ist, daß die wirtschaftlich technische Abnutzung unter der handelsrechtlichen Abschreibung liegt, sog. Ruchti-Effekt. Vgl. Wechsler, Immobilienfonds, S. 72 und 73
Wertsteigerungen beim iii Fonds Nr. 1
1959 Ausgabepreis 1oo,-- DM
197o " 16o,-- DM
iii Fonds Nr. 2
1965 Ausgabepreis 1oo,-- DM
197o " 11o,-- DM
2) Reichel, WID 1967 Nr.1, S. 14; Wechsler, Immobilienfonds,S.83
3) Trippen, Handelsblatt v. 18.April 1967 Nr. 75, S. 13
4) Völling, Handelsblatt v. 24. Okt. 1967 Nr. 2o6, S. 13
5) Das Fondskapital entspricht dem Eigenkapital des privaten Bauherrn; s. auch Reichel, WID 1967 Nr. 3, S. 21
6) Trippen, Handelsblatt v. 18. April 1967, Nr. 75, S. 13

Nach den Prospektankündigungen sollen die geschlossenen Immobilienfonds so konstruiert sein, daß die Anleger wirtschaftliche Miteigentümer werden, denen die gleichen steuerlichen Vorteile zustehen, wie einem privaten Bauherrn, die insbesondere auch die gesetzlich vorgesehenen Abschreibungen geltend machen können. Bei den geschlossenen Immobilienfonds unterscheidet man zwei Grundtypen. Bei der einen Konstruktionsform wird damit geworben, daß den Anlegern wirtschaftliches Miteigentum nach Bruchteilen eingeräumt wird (Bruchteilsgemeinschaft oder sog. Treuhandlösung) bei der anderen sollen sie eine wirtschaftliche Beteiligung an einem Kommanditanteil erhalten (gesellschaftsrechtliche Lösung).[1)]

a) Die Treuhandlösung (Bruchteilsgemeinschaft)

Die Deutsche Immobilien Investierungs AG (im folgenden DII genannt) gründete den ersten geschlossenen Immobilienfonds in Deutschland. Sie beteiligte die Anleger in Form der sog. Treuhandlösung (Bruchteilsgemeinschaft) an bestimmten Immobilienkomplexen und bescheinigte ihnen die Beteiligung durch Ausgabe von Anteilscheinen (Zertifikate). Ihr sind weitere Gesellschaften gefolgt, die dem DII Typ nachgebildet wurden. Unter den heute angebotenen Zertifikaten dieses Immobilienfondstypes sind die Anteile folgender Gesellschaften hervorzuheben:

1. Bremer Treuhand Gesellschaft für Wohnungsbau GmbH, Bremen, mit ihren HB-Fonds.[2)]
2. Deutsche Gesellschaft zur Förderung des Wohnungsbaues, Gemeinnützige AG, Berlin, mit ihren DeGeWo-Fonds.

---

1) Vgl. dazu Reichel, WID 1967 Nr. 1, S. 16; Bomblies, WID 1967 Nr. 6, S. 12/13

2) Nach Darjes, Gemeinnütziges Wohnungswesen 1965 S. 233 beabsichtigt die Bremer Treuhandgesellschaft für Wohnungsbau "die Zusammenarbeit mit anderen gemeinnützigen Wohnungsunternehmen soweit auszubauen, daß ein kontinuierliches Angebot von HB-Briefen für attraktive Fondsprojekte auf den Markt kommen kann", zitiert nach Scheider, Kredit 1966, S. 574

3. Heinz Mosch Treuhandgesellschaft mbH, Wiesbaden, mit ihren GG-Fonds (Gebäudebriefen).
4. Heidelberger Immobilien-Treuhand Heim-Fonds-GmbH, Heidelberg.
5. Treuhand-Träger- und Baufinanzierungs AG, Düsseldorf, mit ihren TTB Briefen 1).
6. Haus-Anteil-Brief-Treuhand für Hausanteilbriefe und Hausanteilscheine, München.
7. Bayerischer Immobilienfonds Nr. 1
8. Immobilien-Kapital-Treuhand, Gesellschaft für Wohnungsbau und Kapitalanlagen; IKA Immobilienfonds.

Die DII selbst ist eine am 27.11.1959 gegründete Kapitalanlagegesellschaft,[2)3)] deren Geschäftstätigkeit darin besteht, Kapitalbeträge, die ihr von Interessenten zur Verfügung gestellt werden, in Grundstücke (Immobilien) anzulegen, und zwar in gesonderten Vermögensmassen (Fonds).[4)] Für jedes Bauprojekt wird ein eigener Fonds zur Zeichnung aufgelegt.[5)] Die einzelnen nacheinander aufgelegten Fonds sind in ihren Rechtsverhältnissen im wesentlichen gleichgestaltet. Für sie gelten mit geringfügigen Abweichungen die gleichen allgemeinen Vertragsbestimmungen (im

---

1) Vgl. Gräfen, DB 1966 Beilage 17, S. 22
2) Vgl. Kurzproträt der DII, WID 1967 Nr. 3, S. 31; s. über Organisationsform der DII Fonds auch Mellerowicz, ZfB 1963, S. 181
3) Die DII ist - wie auch die anderen Kapitalanlagegesellschaften bei geschlossenen Immobilienfonds - keine Kapitalanlagegesellschaft i.S. des KAGG, dennoch ist sie wirtschaftlich eine Kapitalanlagegesellschaft.
4) Bis Ende 1969 hat die DII 46 Fonds aufgelegt mit einem Gesamtvermögen (Eigenvermögen + Fremdkapital) von 316 Mio; entnommen aus dem Werbeprospekt für den Fonds K 46
5) Je nach dem Objekt teilt die DII ihre Fonds in drei Serien ein. Serie A (steuerbegünstigter Wohnungsbau) Serie B (sozialer Wohnungsbau) Serie C (Geschäftshausbau); s. Mellerowicz, a.a.O., S. 181

folgenden AVB).[1] Durch die Zeichnungserklärung verpflichten sich die Anleger, die gezeichneten Beträge auf ein Sonderkonto einer zusätzlich eingeschalteten Treuhandbank einzuzahlen. Diese Treuhandbank vertritt auch die Interessen der Anleger und kontrolliert die Tätigkeit der Anlagegesellschaft.[2] Die Anteilszeichner ermächtigen gleichzeitig die Treuhandbank, die zum Ankauf der Grundstücke und zum Aufbau der Gebäude erforderlichen Mittel (Fondsmittel) erst nach Vorlage des Kaufvertrages und eines empfehlenden Gutachtens eines Sachverständigengremiums[3] der DII freizugeben.[4] Mit dem Fondsvermögen erwirbt die Anlagegesellschaft unbebaute Grundstücke zum Zwecke der Bebauung, oder sie ordnet den Anteilsinhabern vorsorglich erworbene unbebaute Grundstücke zu, um sie dann bebauen zu lassen.[5]

Die Anleger bilden untereinander eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, §§ 74o ff. BGB. Sie sind allerdings nicht Bruchteilsmiteigentümer der Grundstücke und errichteten Gebäude, diese stehen im Eigentum der Anlagegesellschaft, die juristische Eigentümerin der Immobilien ist[6] und die auch allein als Eigen-

---

1) Abweichungen in den AVB erklären sich aus einer unterschiedlichen Finanzierungsart. Die DII hatte bei den im Sozialen Wohnungsbau errichteten Fonds durch die AVB die Übertragung der Zertifikate in den ersten 12 Jahren ausgeschlossen. Diese Sperrklausel war als vorbeugende Maßnahme gedacht, weil die DII damals die Frage noch nicht als geklärt ansah, welche Wirkungen die Übertragung der Anteile auf die Sonderabschreibungen für den Erwerber und die übrigen Beteiligten haben würde. In den neueren Prospekten sind für die Immobilienfonds, die Gebäude im Sozialen Wohnungsbau errichten, keine Sperrklauseln mehr enthalten.
2) Ihre Funktion entspricht der einer Depotbank bei den offenen Immobilienfonds.
3) Das Sachverständigengremium hat sich beim An- und bei Verkäufen gutachtlich zu äußern.
4) Vgl. Reichel, WID 1967, Nr. 3, S. 2o; Seydel, DB 1962, 123
5) Reichel, a.a.O., S. 16
6) Seydel, DB 1962, S. 123; Reichel, a.a.O., S. 11; König, Industriekurier v. 2. Juni 1964 Nr. 85, S. 7

tümerin ins Grundbuch eingetragen wird.[1] Die Anlagegesellschaft hält aber die erworbenen Immobilien treuhänderisch für die Gesamtheit der Zertifikatinhaber.[2] Die Anteilsinhaber sind zivilrechtlich auf schuldrechtliche Ansprüche gegenüber dem Treuhänder (der Anlagegesellschaft) beschränkt, ihnen stehen nur obligatorische Ansprüche gegen ihn zu. Hinsichtlich dieser schuldrechtlichen Ansprüche bilden die Anteilsinhaber eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, §§ 74o ff. BGB[3].

Um den schuldrechtlichen Ansprüchen eine gewisse Sicherheit zu geben, wird zugunsten der Zertifikatinhaber eine Vormerkung ins Grundbuch eingetragen (§ 883 BGB), die den Anlegern für den Fall, daß das Treuhandverhältnis zwischen der Anlagegesellschaft und ihnen aufgelöst wird, einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den zum Fonds gehörenden Grundstücken sichert.[4] Anleger kleinerer Beträge[5] werden allerdings nicht direkt ins Grundbuch eingetragen, für sie erfolgt die Absicherung durch eine sog. Sammelvormerkung, d.h. ein Treuhänder - in der Regel eine Treuhandbank - wird zur Entlastung des Grundbuchs als Berechtigter eingetragen.[6] Die eingetragenen Vormerkungen gehen den für die Bebauung der Fondsgrundstücke notwendigen Belastungen (den Darlehensverbindlichkeiten) nach. Die Bedeutung der Vormerkung ist nicht so überragend, wie es zum Teil in den Werbeprospekten erscheint.[7]

---

1) Völling, Handelsblatt v. 24.1o.1967 Nr. 2o6, S. 15; Wechsler, Immobilienfonds, S. 57; Martini, Immobilienzertifikate, S. 29
2) Die für diesen Fonds üblich gewordene Bezeichnung "Treuhandlösung" ist irreführend, da auch die gesellschaftsrechtlich konstruierten Immobilienfonds nach dem Treuhandprinzip aufgebaut sind; s. dazu Martini, a.a.O., S. 32
3) Buchwald, BB 1968, S. 1182; Martini, a.a.O., S. 29, Seydel, DB 1962, S. 123; Wechsler, a.a.O., S. 54
4) Martini, a.a.O., S. 3o; Reichel, WID 1967 Nr. 3 S. 22
5) Der Mindestbetrag schwankt bei den verschiedenen Fonds zwischen 1o.ooo,-- DM und 5o.ooo,--DM.
6) Lipfert,Handelsblatt v. 24.April 1968, Nr. 8o, S. 15; Trippen, Handelsblatt v. 18. April 1967 Nr. 75, S. 13; Reichel, BB 1965, S. 1119
7) Vgl. Wechsler, a.a.O., S. 57/58

Die Rentabilität eines DII Fondstyps ist im Gegensatz zu den offenen Fonds steuerorientiert, d.h. entscheidend ist hier die steuerrechtliche Seite.[1] Es kommt darauf an, daß die Immobilien den Zertifikatinhabern steuerrechtlich zugerechnet werden. Die Zurechnung erfolgt hier über § 11 Ziffer 3 StAnpG. Danach werden Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder zu treuen Händen für einen Treugeber erworben werden, dem Treugeber zugerechnet. § 11 StAnpG ist eine gesetzliche Ausprägung der im Steuerrecht geltenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 1 Abs. 2 und 3 StAnpG),[2] die hier dazu führt, daß die Anleger steuerrechtlich als Inhaber der Immobilien angesehen werden.[3] Das hat wiederum zur Folge, daß die anfallenden Werbungskosten anteilsmäßig den Zertifikatinhabern zugerechnet werden. Die Bauobjekte der einzelnen Fonds werden jedoch nur zum Teil mit den Mitteln der Anleger (Fondsvermögen) finanziert, zusätzlich werden Fremdmittel aufgenommen. Von der DII wurden in der BR u.a. Fonds aufgelegt, bei denen nur 25 % Eigenkapital eingezahlt wurden.[4] Bei Bauobjekten in Berlin war das Verhältnis zum Teil noch krasser, da hier nur mit 15 % Eigenkapital gearbeitet wurde.[5] Diese Finanzierungsart gewährt den Anlegern in den ersten Jahren erhebliche Steuervorteile, die aus den erhöhten AfA-Sätzen resultieren.

Zu diesen steuerlichen Vorteilen kommt noch eine Werterhöhung der Anteile hinzu, bedingt durch die Abzahlung der Fremdmittel

---

1) Wechsler, a.a.O., S. 58 i.V.m. S. 37; Lipfert, Handelsblatt vom 15.April 1969 Nr. 72, S. 15
2) Siehe über wirtschaftliche Betrachtungsweise Seeliger, wirtschaftliches Eigentum, S. 2 ff.
3) Reichel, a.a.O.
4) Martini, Immobilienzertifikate, S. 29
5) Martini, a.a.O.,; Bergmann, Der Volkswirt 1967, S. 379. Bei den ersten DII Fonds wurde Fremdkapital bis zum Acht- und Neunfachen des Zertifikatkapitals aufgenommen.

aus den erwirtschafteten Mieten. Die Anlagegesellschaften stellen in der Regel einen 30/35-jährigen Finanzierungsplan auf. Nach Ablauf dieser Frist sollen die Gebäude schuldenfrei sein, so daß der Wert der Zertifikate dann dem Wert des Gesamtobjektes entspricht.

Eine Besonderheit dieser Konstruktionsform besteht darin, daß zuteilungsreife Bausparverträge vor Ablauf der Sperrfrist steuer- und prämienunschädlich bei diesen Fonds angelegt werden können.[1)]

Neben den geschilderten Vorteilen haftet dieser Konstruktionsart ein Nachteil an, der aber erst im Zeitpunkt der Veräußerung eines Anteils sichtbar wird. Eine Rücknahmeverpflichtung besteht für die Anlagegesellschaft grundsätzlich nicht.[2)] In den AVB weisen sie lediglich auf ihre Mitwirkung bei der Weitervermittlung hin. Einen kaufwilligen Erwerber zu finden, dürfte aber aus folgenden Überlegungen auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Den

---

1) Zwischen den öffentlichen Bausparkassen und den Einkommensteuerreferenten der obersten Finanzbehörden der Länder haben abschließende Erörterungen folgendes ergeben : Bauspargelder können steuer- und prämienunschädlich angelegt werden, wenn 1. der Inhaber des Immobilienzertifikates wirtschaftlicher Eigentümer des durch den Immobilienfonds angeschafften oder hergestellten Objektes wird und wenn:
2. die vom Bausparer für den Erwerb aufgewendeten Mittel (durch den Treuhänder) unverzüglich und unmittelbar zu den begünstigten Zwecken verwendet werden.
- Entnommen aus Kredit 1966, S. 430 - Diese Voraussetzungen sind bei den Treuhandbruchteilsgemeinschaften (DII-Fondstypen) gegeben; bei den Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaft fehlt eine unmittelbare Verwendung zum Wohnungsbau, wie sie nach § 10 Abs. 2 Ziffer 2 EStG gefordert wird (s. Abschnitt 92 Abs. 2 EStR).

2) Völling, Handelsblatt v. 24.10.1967 Nr. 206, S. 15. Soweit Abschreibungen in Berlin nach § 53 Abs. 3 EStG vorgenommen werden, besteht für die ersten 12 Jahre ein Veräußerungsverbot; s. Wechsler, a.a.O., S. 61. Abgesehen von dieser Ausnahme sind die Rechte aus dem Zertifikat und dem Treuhandverhältnis jederzeit übertragbar.

Anlegern werden die bebauten Grundstücke steuerrechtlich zugerechnet und im Falle der Veräußerung fällt gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG Grunderwerbsteuer an.[1] Die 7 %ige Grunderwerbsteuer bemißt sich dabei nicht nach der Höhe des Zertifikatbetrages, sondern nach dem Anteil am Gesamtobjekt.[2] Bei einem Finanzierungsverhältnis von 5o % Eigenkapital und 5o % Fremdkapital würden schon 14 % Grunderwerbsteuer auf den Zertifikatbetrag anfallen. Noch krasser wird das Verhältnis, wenn nur 15 % Eigenkapital (Fondsmittel) eingebracht werden. Die Grunderwerbsteuer pro Zertifikatnennbetrag würde dann sogar auf 59 % steigen. Die hier beschriebene steuerorientierte Rentabilität geht zu Lasten der Fungibilität, denn die grunderwerbsteuerliche Belastung dürfte die Verwertbarkeit der Zertifikate, wenn auch nicht völlig ausschließen, so doch erheblich beeinträchtigen.[3]

Die bei der Veräußerung eines Zertifikats des DII-Typs auftretenden Nachteile waren mitentscheidend für die Gründung von Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaften.[4]

b) Die gesellschaftsrechtliche Lösung (Kommanditgesellschaft)

Bei den gesellschaftsrechtlich konstruierten Immobilienfonds

---

1) Eisenmenger, Kredit 1966, S. 154
2) Den Anlegern werden die gesamten Immobilien anteilig zugerechnet; s. auch Bomblies, WID 1967 Nr. 6, S. 18
3) Vgl. hierzu Trippen, Handelsblatt v. 18.4.1967 Nr. 75, S. 13; Völling, a.a.O.
4) Trippen, a.a.O.

wird eine Kommanditgesellschaft gegründet,[1] die in der Regel aus einem oder mehreren natürlichen Personen als Komplementären besteht[2] und bei denen ein oder zwei Kommanditisten - meist Banken - eingesetzt sind. Aufgabe der Kommanditgesellschaft ist es, geeignete Grundstücke zu kaufen und zu bebauen und sie nach der Fertigstellung zu vermieten oder zu verpachten. Bei jedem einzelnen Fonds werden die Grundstücke sowie die Art der Bebauung und die Finanzierung (Verhältnis Eigen-Fremdmittel) im voraus genau festgelegt.[3]

Juristische Eigentümerin der Immobilien ist die Kommanditgesellschaft,[4] die allein ins Grundbuch eingetragen wird. Ebenso wie bei der sog. Treuhandlösung (DII-Typ) werden auch hier die Anleger nicht unmittelbar an den Immobilien beteiligt, vielmehr werden sie über die eingesetzten Kommanditisten, die nach den AVB ihre Einlage treuhänderisch für die Anleger halten, an der Kommanditgesellschaft beteiligt. Eine direkte Beteiligung der Anteilszeichner an der Kommanditgesellschaft würde die Übertragung der Anteile zu umständlich machen, weil bei jeder Veräußerung eine Eintragung ins Handelsregister erforderlich wäre[5] und weil die Anonymität der Anleger, die von vielen gewünscht wird, gegen-

---

1) Es hätten auch andere Personengesellschaften eingeschaltet werden können (OHG oder BGB-Gesellschaft). Wegen der damit verbundenen gesamtschuldnerischen Haftung wurden bisher ausschließlich Kommanditgesellschaften gegründet. Die Deutsche Immobilien Investierungs-AG (DII) hat jedoch in jüngster Zeit eine neuartige Immobilienfonds-Konstruktion in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts entwickelt, in der die Veräußerung der Anteile grunderwerbsteuerfrei sein soll und Bausparguthaben vor Ablauf der Sperrfrist prämienunschädlich eingezahlt werden können. Vgl. Westphal, Handelsblatt v. 1.12.7o Nr. 23o, S. 26 und FN 1, S. 14

2) Beim Mannheimer Leasing-Immobilienfonds wird eine juristische Person eingesetzt.

3) Lipfert, Handelsblatt v. 25.4.1969 Nr. 72, S. 16,

4) Bomblies, WID 1967 Nr. 6, S. 12; Lipfert, a.a.O.; Wechsler a.a.O., S. 29

5) Hildebrandt, a.a.O., S. 3o/31

über der Öffentlichkeit leiden würde.[1)]

Die Ausstattung der Kommanditgesellschaft mit Eigenkapital erfolgt ausschließlich über die Kommanditeinlage, denn nach den Gesellschaftsverträgen sind die Komplementäre weder verpflichtet noch berechtigt, eine Kapitaleinlage in die Gesellschaft einzubringen.[2)]

Die Kommanditisten, die die Plazierung der Anteile beim interessierten Publikum übernehmen, refinanzieren ihre Kommanditeinlage völlig durch die Ausgabe von Zertifikaten. Als Gegenwert für ihr eingezahltes Geld erhalten die Anleger, so steht es in den AVB, einen Anteil an einer treuhänderisch zu haltenden Kommanditbeteiligung eingeräumt. Das gesamte Fondsvermögen, so heißt es weiter in den Prospekten, steht dann wirtschaftlich ausschließlich den Anlegern zu, und der ursprüngliche und im Handelsregister eingetragene Kommanditist nimmt dann eine Treuhänderstellung für die unterbeteiligten Zeichner ein.

Dieser Immobilienfondstyp ist durch drei Elemente gekennzeichnet,[3)] die Kommanditgesellschaft, den Treuhandkommanditisten und die Zertifikatinhaber, wobei der Treuhandkommanditist die dominierende Stellung innehat. Eine ihn kontrollierende Treuhandbank wie bei den DII-Fondstypen ist nicht vorgesehen.[4)]

---

1) Wechsler, a.a.O., S. 3o führt aus, daß die Anonymität der Gesellschafter dem Wesen einer KG widerspricht, diese Konstruktion gesellschaftsrechtlich eine gewisse Systemwidrigkeit darstellt. Vgl. auch Seydel, BB 1962, S. 124, der darauf hinweist, daß diese Konstruktion einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ähnelt, ohne den Rahmen der Personengesellschaft zu verlassen.
2) Vgl. § 5 der einzelnen Ges-Verträge; im Anhang abgedruckt.
3) Der grundstücksbewertende Beirat ist dabei außer Acht gelassen.
4) Die Treuhandkommanditisten sind selbst Banken; beim Einschalten einer weiteren Treuhandbank würde ein Treuhänder den anderen kontrollieren, was bei hinreichend qualifizierten Treuhandkommanditisten nicht nötig ist; s. Hildebrandt, WID 1967 Nr. 4, S. 31

Die Gesellschaftsrechtlich konstruierten Immobilienfonds sollen Gegenstand der folgenden Untersuchung sein. Es sind dabei die Gesellschaftsverträge und AVB[1] folgender Gesellschaften zugrunde gelegt :

1. Dr. Görtmüller KG
2. Rheinisch-Westfälische Immobilien-Anlagegesellschaft
3. Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH und Co. KG.

II. Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaften

In der BR bieten zur Zeit neben den drei oben genannten folgende große Immobilienfonds in der Form von Kommanditgesellschaften ihre Zertifikate der Öffentlichkeit an :

1. Immobilienfonds Wolfgang Essen KG, Düsseldorf[2]
2. Kommanditgesellschaft Hanse Grundbesitz-Anlagen GmbH & Co. Hamburg 3)
3. Grundvermögen-Gesellschaft Dr. Schnell KG, Ahrensburg bei Hamburg
4. Niedersächsische Immobilien-Anlagegesellschaft Dr.Focken KG[4]
5. Allgemeine Immobilienfonds AG und Co KG, Düsseldorf (AIFD)[5]

1. Dr. Görtmüller KG (Kommanditist: Deutsche Pfandbriefanstalt)

Unter der Bezeichnung Dr. Görtmüller KG werden für die einzelnen Fonds Kommanditgesellschaften gegründet, die sich durch die Zusatzbezeichnung der verschiedenen Objekte unterscheiden. Als erste dieser Kommanditgesellschaften wurde die Dr. Görtmüller KG Objekt Hamburg-West mit einem Fondskapital (Eigenkapital) von 3o Mio (Gesamtkapital 78 Mio) gegründet. Ihr folgten die Dr. Görtmüller KG Objekt Dortmund/Essen (Fondskapital 48 Mio Gesamt-

---

1) Im Anhang abgedruckt.
2) Vgl. Kurzporträt, WID 1967 Nr. 4, S. 41
3) Vgl. Kurzporträt, WID 1967 Nr. 4, S. 4o
4) Vgl. über diese Neugründung, WID 1969 Nr. 4, S. 152
5) Konstruktion und Schaubild Eisenmenger, Kredit 1966, S. 152

kosten 1o9 Mio), die Dr. Görtmüller KG Objekt Hamburg/Lübeck (Fondsvermögen 19 Mio Gesamtkosten 39 Mio)[1] sowie die Dr. Görtmüller KG Objekt Kiel/Mettenhof (Fondskapital 19,5 Mio Gesamtvermögen rund 4o Mio) und die Dr. Görtmüller KG Objekt Dortmund/Scharnhorst (Fondsvermögen 7,6 Mio Gesamtvermögen rund 18 Mio). Bei jeder dieser Kommanditgesellschaften traten neben Dr. Görtmüller[2] noch zwei weitere Personen als Komplementäre auf[3] und als alleinige Kommanditistin wurde die Deutsche Pfandbriefanstalt bestellt, eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts, deren Hauptverwaltung sich in Wiesbaden befindet.[4]

Die jeweils abgeschlossenen Gesellschaftsverträge sowie die AVB stimmen für die einzelnen Objekte mit geringfügigen Abweichungen wörtlich überein.[5]

Von der Kommanditistin werden den Anlegern Zertifikate ausgestellt, die Hausbesitzbriefe genannt werden und in der Stückelung von 1oo,-- DM, 5oo,-- DM, 1.ooo,-- DM oder 5.ooo,-- DM mit einem Agio von 5 % ausgegeben werden (§ 1 Abs. 3 AVB). Da weder die Komplementäre noch die Kommanditistin eigenes Kapital einbringen, sind nach den Ankündigungen die Hausbesitzbriefinhaber wirtschaftliche Miteigentümer der Immobilien.

Für die Bewertung der Immobilien wird bei jeder KG ein aus mindestens drei sachverständigen Mitgliedern bestellter Beirat gewählt, dessen Aufgabe es ist, mindestens einmal im Jahr das Grundvermögen der Gesellschaft zu bewerten (§ 8 Gesellschaftsvertrag).

Die errichteten Gebäude wurden bisher bei allen Objekten an die Neue Heimat, eine gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgesell-

---

1) Vgl. für Objekte der Dr. Görtmüller KG a) Hamburg-West b) Dortmund/Essen; WID 1967 Nr. 4, S. 32
2) Dr. Görtmüller war Vizepräsident der Deutschen Pfandbriefanstalt.
3) Die Komplementäre sind Geschäftsführer der Neuen Heimat, der Pächterin der Immobilien; vgl. Bergmann, Das Wertpapier 1966, S. 834
4) Vgl. Ges-Vertrag und § 2 Abs. 1 AVB.
5) Bergmann, Der Volkswirt 1966, S. 589 für die KG-Objekte Hamburg-West und Dortmund/Essen.

schaft, auf zunächst 25 Jahre verpachtet (§ 2 Abs. 3 AVB).[1] Der Pachtzins, so heißt es in den AVB, wird dabei so berechnet, daß mindestens eine 5 %ige Ausschüttung auf den Nennbetrag der Zertifikate erfolgen kann. (§ 2 Abs. 3 AVB).

Über ihre Tätigkeit erstattet die Treuhandkommanditistin den Zertifikatinhabern einen Rechenschaftsbericht, der an Hand der Rechnungen erstellt wird, die die Fondsgesellschaft von der Pächterin erhält.

Im Falle derBeendigung des in den AVB als Treuhandverhältnis gekennzeichneten Rechtsverhältnisses soll die Deutsche Revisions- und Treuhand-Aktiengesellschaft, Frankfurt/Main unverzüglich einen anderen geeigneten Treuhänder für die Gesamtheit der Hausbesitzbriefinhaber bestellen (§ 3 Abs. 4 AVB).

2. Rheinische-Westfälische Immobilien Anlagegesellschaft (RWI Fonds) Kommanditist: Westdeutsche Landesbank Girozentrale) 2)

Unter der Bezeichnung Rheinisch-Westfälische Immobilien-Anlagegesellschaft - Adolf Meyer KG - (im folgenden RWI Fonds) werden für die einzelnen Fonds Kommanditgesellschaften gegründet (closed-end fonds), bei denen zumindestens eine natürliche Person[3] als Komplementär auftritt. Als Kommanditistin ist die Westdeutsche Landesbank Girozentrale eingesetzt, von der die Zertifikate, RWI-Anteilscheine genannt, in einer Stückelung von 1.ooo,--, 2.ooo,--, 5.ooo,--, 1o.ooo,--, 2o.ooo,-- und 5o.ooo,--DM mit einem Agio von 3 % ausgegeben werden.

---

1) Vgl. dazu Bergmann, Das Wertpapier, 1966, S. 834; Reichel, BB 1965, S. 1117 hinsichtlich des Objektes Hamburg-West
2) Die Westdeutsche Landesbank Girozentrale ist aus der Rheinischen Girozentrale und Provinzbank, Düsseldorf sowie der Landesbank für Westfalen, Girozentrale Münster, entstanden. Die Girozentralen haben sich mit Wirkung vom 1.1.1969 (Beschluß vom 12.11.1968) zusammengeschlossen.
3) Meistens sind es zwei natürliche Personen, s. Ges-Vertrag. Als Komplementäre kommen in Betracht: Alfred Steiger, Wilhelm Trippen und Karl-Heinz Peters (Vorstandsmitglieder der GehaG-Gemeinnützige Heimstätten GG Berlin -) s. Kredit 1966,S.5o6/5o7

Dem bzw. den persönlich haftenden Gesellschaftern obliegt die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft. Für alle wesentlichen Geschäftsvorfälle ist jedoch die Zuziehung der Kommanditistin erforderlich (§ 6 Ges-Vertrag), die bei allen Gesellschaftsbeschlüssen doppeltes Stimmrecht hat (§ 7 Ges-Vertrag).

Für die einzelnen Kommanditgesellschaften - Immobilienfonds - gelten übereinstimmende AVB und Gesellschaftsverträge.[1)]

Im Gegensatz zur Dr. Görtmüller KG, die mit der Neuen Heimat General-Pachtverträge über die errichteten Gebäude abschließt, vermietet die RWI Anlagegesellschaft ihre Objekte von Fall zu Fall an private Interessenten.[2)]

Kontrollorgane wie bei den DII-Fondstypen sind für die Anlagegesellschaft nicht vorgesehen.[3)]

Im Falle der Kündigung des zwischen den Anteilsinhabern und der Kommanditistin bestehenden Rechtsverhältnisses[4)] oder in einem sonstigen Falle der Beendigung des als Treuhand bezeichneten Rechtsverhältnisses, hat die für die Treuhandbank zuständige staatliche Aufsichtsbehörde[5)] namens der Gesamtheit der RWI-Anteilsinhaber einen anderen geeigneten Treuhänder zu bestellen (§ 3 AVB).

---

1) Der abgedruckte Ges-Vertrag gilt wörtlich für die Fonds 3, 5, 8, 9, 1o, 12. Die AVB der einzelnen Fonds stimmen wörtlich überein.
2) Bergmann, Das Wertpapier 1966, S. 835
3) Die RWI Anlagegesellschaft hat sich aber freiwillig der Aufsicht des Bundesaufsichtsamtes für Kreditwesen unterstellt und damit für die Sicherheit das Bestmögliche getan; s. Bergmann, a.a.O., S. 836
4) Die Kündigung der Zertifikatinhaber erfordert eine Mehrheit von 75 % der Nennbeträge aller RWI-Anteilscheine.
5) Staatliche Aufsichtsbehörde ist der Finanzminister für Nordrhein-Westfalen - er hat auch den Vorsitz im Verwaltungsrat der Girozentrale.

3. Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH & Co KG (Kommanditist: Investitions- und Handels-Bank-Aktiengesellschaft Frankfurt a.M.)

Die Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH & Co KG Anlagefonds Mannheim 1 (im folgenden als Mannheimer Fonds bezeichnet) ist eine Kommanditgesellschaft, bei der neben der Allgemeinen Sachwert-Leasing-GmbH, Rechtsanwalt Engler Komplementär ist. Alleinige Kommanditistin ist die Investitions- und Handels-Bank-Aktiengesellschaft, Frankfurt am Main (s. Ges-Vertrag). Im Gegensatz zu den bisher näher gekennzeichneten Immobilien-fonds tritt hier neben einer natürlichen Person eine juristische Person als Komplementär auf. Als gesellschaftsrechtliche Form ist die GmbH & Co KG gewählt worden.[1] Wie auch bei den anderen Immobilienfonds sind die Komplementäre weder verpflichtet noch berechtigt, eine Gesellschaftseinlage einzubringen (§ 5 Ges-Vertrag). Das Eigenkapital wird ausschließlich von der Kommanditistin aufgebracht, die wiederum ihre Einlage durch Ausgabe von Zertifikaten finanziert[2] und die den Anlegern Anteilscheine über 1.000,-- DM ausstellt, die Immobilien-Leasing-Zertifikate genannt werden.

Der Vertrieb der Zertifikate wird hier nicht von der Treuhandkommanditistin durchgeführt, sondern von einer zusätzlich eingesetzten Gesellschaft, der Gesellschaft für Finanzberatung (im folgenden GfB bezeichnet).[3] Alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer dieser Vertriebsgesellschaft ist Rechtsanwalt W. Engler, der gleichzeitig Komplementär des Mannheimer Fonds ist.

Kontrolliert wird der Mannheimer Fonds lediglich von einem Wirtschaftsprüfer, der die Jahresabrechnung einschließlich der

---

1) Hildebrandt, WID 1967 Nr. 4, S. 28 sieht aus steuerlichen Gründen in der GmbH & Co KG keine "Idealform" für eine Immobilienanlagegesellschaft.
2) Vgl. hierzu WID 1968 Nr. 1o, S. 8o f.
3) Die GfB erhielt für ihre Tätigkeit ein Agio von 4 % des Zertifikatnennwertes. Sie hat für den Absatz der Zertifikate beim interessierten Publikum gesorgt.

steuerrechtlichen Rechnungslegung (Einnahmen-, Ausgabenrechnung) überprüft (§ 1o Ges-Vertrag).

Die Schlüsselstellung ist der Treuhandkommanditistin eingeräumt, deren dominierende Stellung auch dadurch hervorgehoben wird, daß sie bei allen Gesellschaftsbeschlüssen doppelt so viel Stimmen hat, wie alle Komplementäre zusammen (§ 7 Ges-Vertrag) und deren Einwilligung bei allen wesentlichen Geschäftsvorfällen erforderlich ist (§ 6 Ges-Vertrag). Im Gegensatz zu den bisher gekennzeichneten Immobilienfonds, die überwiegend Wohngebäude erbaut haben, in denen nur zu einem geringen Teil gewerbliche Nutzflächen enthalten sind, errichtet der Mannheimer Fonds einen Verbrauchermarkt, der auf 25 Jahre fest an die europa markt GmbH Mannheim vermietet wurde. Die europa markt GmbH hat sich weiterhin verpflichtet, auf Verlangen der GfB jährlich 4 % des gesamten Zertifikatkapitals[1]. Für die Mieterin der Immobilien besteht dadurch die Möglichkeit, innerhalb der 25-jährigen Mietzeit die gesamten Zertifikate zu erwerben und nach Ablauf dieser Zeitspanne Alleineigentümer zu sein. Dieser Vereinbarung entsprechend sind die Zertifikatinhaber gegenüber der GfB unwiderruflich verpflichtet, ihre Zertifikate auf Verlangen der GfB nach Ablauf der 25 Jahre dieser oder einer von ihr bestimmten dritten Person zu übertragen.

Die AVB sehen für die Anleger eine 7 %ige Ausschüttung vor. Für den Nachteil, an den Sachwerten nicht beteiligt zu sein, werden die Zertifikatinhaber durch eine jährliche Wertsteigerung der Immobilien-Leasingzertifikate in Höhe von 2 % entschädigt,[2] so daß der Rücknahmepreis entsprechend dieser Vereinbarung nach 25 Jahren 15o % des ursprünglichen Zertifikatwertes beträgt.

---

1) Das gesamte benötigte Kapital von 6.5oo.ooo,-- DM ist durch Ausgabe von Zertifikaten aufgebracht worden. Fremdmittel wurden nicht aufgenommen.

2) Zertifikatwert 1968: 1o2 %
" 1969: 1o4 %
" 1977: 12o %
" 199o: 144 %
" 1993: 15o %

Das Immobilien-Leasing-Zertifikat entspricht in seiner gesamten wirtschaftlichen Struktur einem festverzinslichen Wertpapier, mit der Besonderheit einer im voraus festgelegten jährlichen Zuwachsrate. Bezeichnete man die übrigen geschlossenen Fonds als steuerorientiert,[1] so ist der Mannheimer Fonds ähnlich den offenen Immobilienfonds als wertpapierorientiert anzusehen und damit mehr für Anleger einer niedrigen Einkommensteuerbelastung zugeschnitten.

---

1) Lipfert, Handelsblatt vom 15. April 1969 Nr. 72, S. 15 f.; Wechsler, Immobilienfonds, S. 58 i.V.m. S. 37

B. 2. Teil: Zivilrechtliche Stellung der Zertifikatinhaber beim RWI Fonds, der Dr. Görtmüller KG, dem Mannheimer Fonds

I. Wirksamkeit der Fonds Gesellschaftsverträge

Bevor die Rechtstellung der Zertifikatinhaber im einzelnen geprüft werden kann, erhebt sich die Frage, ob die gegründeten Fonds Gesellschaften wirksame Kommanditgesellschaften sind. Nach den Gesellschaftsverträgen der Immobilienfonds steht den persönlich haftenden Gesellschaftern kein Kapitalanteil zu.[1] Sie sind auch zur Leistung einer Gesellschaftseinlage weder berechtigt noch verpflichtet,[2] und nehmen dementsprechend auch am Gewinn der Gesellschaft nicht teil. Für ihre Tätigkeit erhalten sie eine feste jährliche Vergütung aufgrund einer besonderen Abrede.[3]

Fraglich ist, ob diese vertragliche Gestaltung zur Gründung wirksamer Kommanditgesellschaften geführt hat. Die Vertragsfreiheit wird im Gesellschaftsrecht einmal durch die allgemeinen Gesetzesschranken (§§ 134, 138 BGB), zum anderen durch die zwingenden Normen und Grundsätze des Gesellschaftsrechts begrenzt. Fehlen die typischen Merkmale einer Handelsgesellschaft, liegt eine wirksame Personengesellschaft nicht mehr vor. In diesem Fall könnte lediglich, bedingt durch die Eintragung im Handelsregister, eine Scheingesellschaft entstanden sein.

Die vertragliche Freistellung der Komplementäre von der Leistung einer Gesellschaftseinlage ist nach allgemeiner Ansicht zulässig und ergibt sich, ganz allgemein gesprochen, aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Gemäß § 705 BGB, der über die §§ 105 Abs.2, 161 Abs. 2 HGB auch für die Kommanditgesellschaft gilt, gehört die Förderung eines gemeinsamen Zwecks zu den unabdingbaren Voraussetzungen einer Personengesellschaft. Wie jedoch der gemeinsame Zweck gefördert werden soll, steht im Belieben der Beteiligten. Eine Gesellschaftseinlage in Geld braucht dazu nicht

---

1) § 5 Abs. 3 Dr. Görtmüller KG und Mannheimer Fonds; § 5 Abs. 4 RWI Fonds
2) Vgl. FN 1 S. 25
3) Vgl. Ges-Verträge § 6 Abs. 1 Dr. Görtmüller KG und RWI Fonds; § 6 Abs. 2 Mannheimer Fonds

eingebracht zu werden, denn zum gesetzlichen Begriffsmerkmal einer Personengesellschaft gehört nur die Leistung irgendeines Beitrags. Der Beitrag kann dabei auch in der Leistung von Diensten bestehen. (§ 7o6 Abs. 3 BGB). Zum Teil wird sogar die bloße Übernahme der Haftung im Außenverhältnis als ausreichender Beitrag angesehen.[1] Die persönlich haftenden Gesellschafter üben bei den Immobilienfonds die Vertretung und Geschäftsführung aus,[2] ihr gesellschaftsrechtlicher Beitrag besteht in der Leistung von Dienste so daß die Einbringung einer weiteren geldwerten Gesellschaftseinlage nicht erforderlich ist.

Über die Frage, ob der Ausschluß von der Gewinnbeteiligung der persönlich haftenden Gesellschafter mit dem Begriff der Kommanditgesellschaft[3] vereinbar ist, sind die Meinungen im Schrifttum geteilt. Eine ältere Auffassung hält die Gewinnbeteiligung für ein notwendiges Element eines Gesellschaftsverhältnisses.[4] Folgt man dieser Ansicht, liegen den Immobilienfonds nur Scheingesellschaften zugrunde.

Die neuere und herrschende Meinung hält dagegen weder eine Gewinnbeteiligung noch ein festes Entgelt mit der Beteiligung an einer Personengesellschaft für begriffsnotwendig.[5] Es wird darauf hingewiesen, daß der gemeinsame Zweck der Gesellschaft und das persönliche Interesse des einzelnen Gesellschafters scharf zu unterscheiden sind, wobei der einzelne Gesellschafter für sich selbst keinen Vorteil erstreben braucht. Es muß lediglich der Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes und damit auf Gewinnerzielung gerichtet sein. Wie jedoch der Gewinn verwandt wird,

---

1) Schlegelberger-Geßler, § 1o5 Anm. 5; Fischer, in: Großkomm. HGB, § 1o5 Anm. 17; Baumbach-Duden, § 1o5 Anm. 2 D
2) Vgl. § 6 Ges-Verträge
3) Im Schrifttum wird diese Frage meist für die OHG gestellt. Die rechtliche Problematik ist bei der KG jedoch die gleiche.
4) Staub-Pinner, § 1o5 Anm. 4; Weigert in RGR Komm. HGB, 1o5 Anm. 9 Geiler in Düringer-Hachenburg, Handelsgesellschaften II 1 Anm. 1
5) Schlegelberger-Geßler, § 1o5 Anm. 4; Fischer Großkomm. HGB, § 1o5 Anm. 9 a; Hueck, Recht der OHG, § 1 I 16, 53; Soergel-Siebert-Schultze-v.Lasaulx, Vorb. § 7o5 Anm. 74

ist dem Begriff einer Personengesellschaft nicht zu entnehmen.[1)]

Das Reichsgericht hat ebenfalls eine allseitige Gewinnbeteiligung für überflüssig erklärt und Gesellschaftsverträge anerkannt, in denen einem Gesellschafter lediglich eine feste Vergütung zugesprochen war.[2)]

Dieser Auffassung, die für persönlich haftende Gesellschafter gilt, unabhängig, ob es sich um natürliche oder juristische Personen handelt, ist zu folgen. Bei der Kommanditgesellschaft besteht der gemeinsame Zweck in dem Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes, nicht jedoch darin, jeden Gesellschafter wirtschaftlich am Erfolg des Gewerbes teilnehmen zu lassen. Die Annahme einer allseitigen Gewinnbeteiligung ist kein notwendiges Begriffsmerkmal einer Personengesellschaft,[3)] so daß es für das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses gleichgültig ist, ob ein Gesellschafter nur ein festes Entgelt bezieht, oder sogar überhaupt keine Vergütung erhält.[4)]

Gemäß § 722 Abs. 2 BGB gilt im Zweifel für den Gewinn und Verlust die gleiche Regelung, d.h. die Komplementäre brauchen den Verlust nicht zu tragen. Der Ausschluß von einer Verlustbeteiligung für die persönlich haftenden Gesellschafter berührt den Bestand der Kommanditgesellschaft nicht, weil die Beteiligung

---

1) Hueck, a.a.O.; Fischer, a.a.O.; Schlegelberger-Geßler, a.a.O.
2) RGZ 9o, S. 14 (16); RG JW 1915, S. 1428
3) Die Annahme einer allseitigen Gewinnbeteiligung beruht auf einer Fehlinterpretation des Begriffs gemeinsamer Zweck. Der gemeinsame Zweck, den die Gesellschafter zu fördern beabsichtigen, ist von den persönlichen Vorteilen zu unterscheiden, die jeder Gesellschafter von der Erreichung des gemeinsamen Zwecks für sich erhofft. Vgl. dazu Ballerstedt, JuS 1963, S. 253/254, Fischer, a.a.O.
4) Die steuerrechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses einer Gewinnbeteiligung bei einer Komplementär-GmbH ist zweifelhaft, berührt jedoch den gesellschaftsrechtlichen Bestand der KG nicht; zur steuerrechtlichen Seite vgl. grundlegend BFH v. 15. November 1967, BStBl II 1968, S. 152 ff.

am Verlust nicht zum Wesen einer Personengesellschaft gehört.[1)2)]

Die Fonds Gesellschaften, die ein "sonstiges gewerbliches Unternehmen" im Sinne des § 2 HGB betreiben,[3)] führen den Erlös über den Treuhandkommanditisten an die Anteilsinhaber ab. Auch das berührt den Bestand der Kommanditgesellschaft nicht, denn es ist nicht erforderlich, den Betrieb einer Handelsgesellschaft auf eigene Rechnung zu führen. Fließt der Jahresertrag und im Liquidationsfalle der Abwicklungserlös einem Dritten zu, der letztlich auch das Risiko trägt und in der Regel als Treugeber zu behandeln ist, so liegt dennoch ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des Handelsrechts vor.[4)]

Die Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaften, die sicher nicht zu den typischen Personengesellschaften gehören, erfüllen die gesetzlichen Voraussetzungen einer Handelsgesellschaft, so daß die Fonds Gesellschaften vollwirksame Kommanditgesellschaften sind.

---

1) Schlegelberger-Geßler, § 1o5 Anm. 7; Fischer, a.a.O.; Soergel-Siebert-Schultze=v.Lasaulx, a.a.O. m.w.Nachw.; Hueck, a.a.O., S. 4

2) Wer am Verlust nicht beteiligt ist, kann im Innenverhältnis von den übrigen Gesellschaftern Ersatz verlangen. Dabei tritt das Problem auf, daß die Kommanditisten auch nur beschränkt, d.h. mit ihrer Einlage haften. Wer den Verlust im Innenverhältnis zu tragen hat, sollte daher zweckmäßigerweise im Ges-Vertrag geregelt sein. Bei den Immobilienfonds könnte das Haftungsproblem nur im Gründungsstadium praktisch aktuell werden. Später sind die Immobilien als Haftungsobjekte vorhanden.

3) Vgl. dazu Gördel, BB 1966, S. 1ooo/1oo1

4) Fischer in Großkomm. HGB, § 1o5 Anm. 1o; vgl. auch Hueck, a.a.O., S. 3

II. Vorliegen eines Treuhandverhältnisses

In den AVB der hier zu untersuchenden Immobilienfonds befinden sich übereinstimmende Paragraphen mit der Überschrift "Treuhandverhältnis". Es heißt dort, daß der bzw. die Treuhänder[1] für die Gesamtheit der Anteilsberechtigten tätig werden und daß sie ihren Auftrag im Rahmen der AVB und des Gesellschaftsvertrages mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nach pflichtgemäßem Ermessen zu erfüllen haben.[2]

Für diese Tätigkeit erhalten sie jährlich eine Gebühr[3] von 1/2 % des Nennbetrages aller Zertifikatanteile des Fonds.

Zur Klarstellung soll hier noch einmal betont werden, daß die Kapitalanleger mit Abschluß des Anlagevertrages lediglich in ein Rechtsverhältnis zu den Kommanditisten treten, damit aber keine unmittelbaren Beziehungen zwischen den Zertifikatinhabern und der Kommanditgesellschaft begründet werden.[4] Es sind daher zwei verschiedene Rechtsbeziehungen zu unterscheiden, einmal das Verhältnis Treuhandkommanditist zu den Zertifikatinhabern, zum anderen die Rechtsstellung des Treuhandkommanditisten zur Kommanditgesellschaft.

Im folgenden soll nur das in den AVB als Treuhandverhältnis bezeichnete Vertragsverhältnis zwischen den Kommanditisten und den Zertifikatinhabern untersucht werden.

---

1) Beim RWI Fonds traten bisher zwei Treuhandbanken auf, die sich jetzt zusammengeschlossen haben; Vgl. Seite 20 FN 2
2) Es wird damit kein eigener Sorgfaltsbegriff geprägt, sondern nur die dem Kaufmann obliegende Sorgfalt konkretisiert, vgl. § 347 Abs. 1 HGB.
3) Gebühr ist hier im untechnischen Sinne als Gegenleistung für den Arbeitsaufwand zu verstehen.
4) Vgl. hierzu BGHZ 3, 354 (360)

1. Voraussetzungen für ein Treuhandverhältnis

a) Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Treuhandverhältnisse können verschiedenartig gestaltet werden.[1] Nach ihrer rechtlichen Konstruktion[2] unterscheidet man

1. fiduziarische Treuhandverhältnisse
2. die Ermächtigungstreuhand
3. die deutschrechtliche Treuhand.[3]

Bei der fiduziarischen Treuhand wird dem Treuhänder ein Gegenstand übertragen, an dem er Vollrechtsinhaber wird, wobei er lediglich schuldrechtlich aus dem Treuhandvertrag gebunden ist.[4] Man spricht von einer überschießenden dinglichen Rechtsmacht des Treuhänders, die lediglich obligatorisch eingeschränkt wird und die durch den wirtschaftlichen Zweck nicht gefordert wird.[5]

Für die Ermächtigungstreuhand ist § 185 BGB die gesetzliche Grundlage.[6] Der Treuhänder wird nicht Vollrechtsinhaber der Gegenstände - nicht Eigentümer der Sachen -, sondern er wird nur vom Treugeber ermächtigt, im eigenen Namen aber im Interesse des Treugebers über die treuhänderisch gebundenen Gegenstände zu verfügen.[7] Eigentümer der treuhänderisch gebundenen Sachen bzw. Gläu-

---

1) Soll das Treuhandverhältnis verheimlicht werden, nennt man den Treuhänder auch Strohmann; Palandt-Danckelmann, Vorbem. zu § 164 Anm. 3; Tipke-Kruse, § 11 StAnpG Anm. 6. Bei den Immobilienfonds liegen offene Treuhandverhältnisse vor.
2) Der Unterschied zwischen fremdnütziger Verwaltungstreuhand und eigennütziger Sicherungstreuhand bezieht sich auf verschiedene wirtschaftliche Zwecke (Bedürfnisse), nicht aber auf die rechtliche Konstruktion, Vgl. auch Siebert, Treuhandverhältnis, S. 1oo f. / 4o4
3) Vgl. hierzu Siebert, a.a.O., S. 4o1/4o2; Staudinger-Berg, § 929, Anm. 31
4) Staudinger-Berg, a.a.O.
5) Siebert, a.a.O., S. 146 m.w.Nachw. spricht von einer obligatorischen Zweckbeschränkung der dinglich selbständigen Treuhandmacht. Staudinger-Berg, a.a.O.; Westermann, Sachenrecht, § 43 I 1, S. 2o7; Palandt-Hoche, Vorb. 7 A zu § 929 spricht von überschießender Außenzuständigkeit.
6) Siebert, a.a.O., S. 235 ff. (238); Liebich, Treuhand u. Treuhändler, S. 41; BGH in NJW 1954, S. 191; Palandt-Hoche, Vorbem. 7 C b zu § 929
7) Siebert, a.a.O., S. 4o2; BGH in NJW, a.a.O.; Ludewig, Ermächtigung, S. 34 ff.

biger der Forderungen sind alleine die Treugeber.[1)]

Ebenso wie bei der fiduziarischen Treuhand wird bei der deutschrechtlichen Treuhand der Treuhänder Eigentümer oder Gläubiger des Treugutes.[2)] Die dingliche Berechtigung des Treuhänders am Treugut wird aber mit einer auflösenden oder aufschiebenden Bedingung gekoppelt. Als Bedingungen können pflichtwidrige Verfügungen, Tod, Zahlungsunfähigkeit oder Konkurs des Treuhänders und anderes mehr vereinbart werden.[3)]

Mit Eintritt der Bedingung erlischt die Berechtigung des Treuhänders, und der Treugeber erwirbt den Gegenstand zurück.[4)] Die vereinbarten Bedingungen sichern somit den Treugeber vor einem Vermögensverfall des Treuhänders und vor mißbräuchlichen Verfügungen [5)]

b) Art des vorliegenden Treuhandverhältnisses (nach den Zwecksetzungen der AVB)

In den AVB der Immobilienfonds[6)] ist eine nähere Kennzeichnung des als Treuhand bezeichneten Verhältnisses nicht enthalten. Es soll daher im einzelnen untersucht werden.

---

1) Diese Konstruktion war bei den offenen Immobilienfonds vor Inkrafttreten des Ergänzungsgesetzes zum KAGG gewählt worden, s. Einleitung über offene Immobilienfonds.
2) Siebert, a.a.O., S. 213 ff. (216)
3) Liebich, a.a.O., S. 38, Siebert, a.a.O., S. 22o für den Konkursfall. Radke, Unmittelbarkeitsproblem bei der fiduziarischen Treuhand, S. 7o
4) Der Meinungsstreit, ob Aussonderungsfähigkeit bei Resolutivbedingungen besteht, kann hier dahingestellt bleiben, s. dazu Siebert, a.a.O., S. 22o
5) Praktisch hat diese Treuhandkonstruktion keine große Bedeutung erlangt. Einmal gibt es bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte (z.B.) Auflassung § 925 BGB, zum anderen ist ein gutgläubiger Erwerb gem. § 161 Abs. 3 BGB in Verbindung mit den entsprechenden Gutglaubensvorschriften möglich; s. hierzu Liebich, a.a.O., S. 39
6) Gemeint sind im folgenden immer nur die drei obengenannten, hier zur Erörterung stehenden Immobilienfonds. Soweit keine Besonderheiten bestehen, wird nur von den AVB der Immobilienfonds gesprochen. Abweichungen werden besonders hervorgehoben.

Mit dem Abschluß des Anlagevertrages verpflichtet sich der einzelne Anteilszeichner, den gezeichneten Betrag auf ein Konto des Treuhandkommanditisten einzuzahlen, der das Geld als Einlage in die Gesellschaft einbringt. Das Geld wird entsprechend dem Gesellschaftszweck zum Erwerb von Grundstücken und deren Bebauung benutzt. Die Immobilien, die im Alleineigentum der Kommanditgesellschaft stehen, können nicht Gegenstand des Treuhandverhältnisses sein. Das Vermögen der Gesellschaft steht den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu.[1] Für die gesamthänderische Verbundenheit des Gesellschaftsvermögens spielt es dabei keine Rolle, daß die persönlich haftenden Gesellschafter keinen Kapitalanteil eingebracht haben und auch nicht einbringen dürfen.[2] Die Immobilien scheiden daher als Treugut aus, denn die Zertifikatinhaber haben lediglich rechtliche Beziehungen zum Treuhandkommanditisten. Gegenstand des Treuhandverhältnisses kann nur die Kommanditeinlage sein.

Jeder Vermögensgegenstand kann zum Treugut werden, nicht nur bewegliche Sachen, sondern auch Forderungen und andere Rechte, wie z.B. Gesellschafteranteile.[3]

Der Kommanditanteil, der treuhänderisch gebunden werden soll, stammt - das nur zur Verdeutlichung - nicht aus dem Vermögen der Anleger, die weder Gesellschafter waren noch Gesellschafter der Kommanditgesellschaft werden können. Es fehlt somit an der von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur für ein Treuhandverhältnis geforderten unmittelbaren Vermögensverschiebung zwischen Treugeber und Treuhänder; - sogenanntes Unmittelbarkeitsprinzip.- [4]

---

1) Vgl. über die Rechtsnatur des Gesellschaftsvermögens Weipert, in RGR-Komm. z. HGB § 1o5, Anm. 32 ff.
2) Schlegelberger-Geßler, Handelsgesetzbuch, § 1o5, Anm. 36
3) Assfalg, Wirtschaftliches Eigentum, S. 122
4) RGZ 127, 341 (344) - ständige Rechtsprechung -

Unmittelbar wird dem Treuhandkommanditisten nur der gezeichnete Anlagebetrag übertragen, mit dem er seine Kommanditeinlage finanziert.[1)]

Ein Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip besagt aber nur, daß kein Treugut im Rechtssinne, im engeren Sinne, vorliegt.[2)]

Ein Treuhandverhältnis kann jedoch nicht vom Unmittelbarkeitsprinzip abhängig gemacht werden.[3)] Die unmittelbare Vermögensverschiebung ist nur im Konkurs- und Vollstreckungsfall von Bedeutung, allgemeines Kriterium für ein Treuhandverhältnis ist sie nicht.
Aus der im Schuldrecht geltenden Vertragsfreiheit ergibt sich, daß auch Treuhandverträge abgeschlossen werden können, die nicht die typischen von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Merkmale aufweisen. Ausschlaggebend sind immer die Parteivereinbarungen. Das Treuhandverhältnis wird demnach vom Innenverhältnis her bestimmt.[4)]
Jedem Treuhandverhältnis liegt primär ein obligatorischer Vertrag zugrunde, der das einzelne Treuhandverhältnis charakterisiert. Für die Vertragsbeziehungen zwischen Treugeber und Treuhänder ist es völlig gleichgültig, ob das Treugut dem Treuhänder

---

1) Weigel, Immobilienanlagegesellschaften, S. 58, der mit der "THL" ein fiduziarisches Treuhandverhältnis meint, sieht in den erworbenen Gegenständen Surrogate des eingezahlten Geldes. Für die Treuguteigenschaft i.e.S. besteht aber auch das Surrogationsverbot.
2) Wird das Treugut vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen, spricht man von einem Treuhandverhältnis i.e.S. oder Rechtssinne; wird das Treugut vom Treuhänder von einer dritten Person erworben oder ist der Treuhänder schon Inhaber des treuhänderisch zu bindenden Gegenstandes, so spricht man vom Treuhandverhältnis im weiteren Sinne, s. Kirsten, Treuhand u. Treuhänder, im Steuerrecht, S. 33; Siebert, a.a.O., S. 206/207; Liebich, a.a.O.
3) Liebich, a.a.O., S. 86. Der Treuhandvertrag kann sich auch auf den Ersterwerb oder Surrogationserwerb von Treugut beziehen.
4) Liebich, a.a.O., S. 86 - ein Rechtsverhältnis ist als Treuhandverhältnis anzusehen, wenn es im Innenverhältnis treuhänderische Merkmale aufweist.

vom Treugeber anvertraut wurde, oder ob er es schon vorher erworben hatte.[1] Allein der obligatorische Vertrag bindet den Gegenstand entsprechend der vertraglichen Zweckbeschränkung treuhänderisch. Weist daher ein Schuldverhältnis die Elemente einer treuhänderischen Vereinbarung auf, liegt ein Treuhandverhältnis vor, unabhängig vom Erwerb des Treugutes. Ein Treuhandverhältnis erfordert im wesentlichen folgende schuldrechtlichen Vereinbarungen:[2]

1. Wahrung fremder Vermögensinteressen (Ausübung von Rechten),
2. im eigenen Namen und eigener Rechtzuständigkeit,[3]
3. bei beliebiger zeitlicher Begrenzung,
4. bei überwiegend fremdem Interesse (Uneigennützigkeit).[4]

Nach den AVB ist der Treuhandkommanditist zur Wahrnehmung der Interessen der Zertifikatinhaber verpflichtet. Um die Interessenwahrnehmung durchführen zu können, bedarf er entsprechender gesellschaftsrechtlicher Kompetenzen. Nach den Gesellschaftsverträgen bedürfen alle wesentlichen Geschäftsvorfälle, insbesondere der Erwerb von Grundstücken und deren Verpachtung, der Einwilligung des Kommanditisten, so daß die Interessenwahrnehmung für die Zertifikatinhaber auch auf der anderen Ebene - der gesellschaftsrechtlichen - abgesichert ist. Der Treuhandkommanditist handelt dabei im eigenen Namen und in eigener Rechtszuständigkeit. Über die Dauer des Vertragsverhältnisses entscheiden die Anteilsin-

---

1) Kirsten, a.a.O., S. 33; Siebert, a.a.O., S. 191 führt aus, die obligatorische Vereinbarung, die sich auf den Ersterwerb bezieht, ist ihrer rechtlichen Natur nach die gleiche, wie die eine unmittelbare Übertragung begleitende.
2) Vgl. über die verschiedene Merkmale Liebich, a.a.O., S.74/75 und S. 87; Siebert, a.a.O., S. 407 und S. 22
3) Die Rechtszuständigkeit kann von der eigenrechtlichen Verfügungsmacht (Ermächtigung) bis zum unbeschränkten Vollrecht reichen; Siebert, a.a.O., S. 408
4) Siebert, a.a.O., S. 99, die Uneigennützigkeit kennzeichnet den Treuhänder.

haber. Es liegt in ihrem Belieben, den Treuhandkommanditisten abzuberufen.[1] Darüber hinaus steht es jedem einzelnen Zertifikatinhaber frei, seinen Anteil zu veräußern[2] und damit das Treuhandverhältnis zu lösen.

Überwiegendes Fremdinteresse könnte hier durch die jährlich anfallende Treuhandgebühr in Höhe von o,5 % des Zertifikatnennbetrages in Zweifel gezogen werden. Überwiegendes Fremdinteresse besagt jedoch nicht, daß die Treuhandtätigkeit unentgeltlich sein muß, sondern will nur die Fälle ausscheiden, in denen jemand ausschließlich im eigenen Interesse handelt.[3] Die Festsetzung einer Treuhandgebühr wird daher allgemein als unschädlich für ein Treuhandverhältnis angesehen,[4] weil das eigene, an einer Vergütung bestehende Interesse, nicht das Fremdinteresse bei der Vermögensverwaltung berührt.

Ein dem Treuhandverhältnis immanentes Element ist auch die Weisungsgebundenheit des Treuhänders. Nach den AVB hat der Treuhänder den Treuhandauftrag im Rahmen der AVB und des Gesellschaftsvertrages mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu erfüllen.[5] Inwieweit die Zertifikatinhaber dem Treuhandkommanditisten konkrete Weisungen erteilen können, geht aus den AVB nicht hervor.[6] Auf das Gesellschaftsverhältnis können die Zer-

---

1) AVB, § 3 Dr. Görtmüller KG und RWI Fonds; § 4 Mannheimer Fonds; s. im übrigen unter B I 4 a = Abberufung des Treuhandkommanditisten.
2) AVB, § 6 Dr. Görtmüller KG; § 7 RWI Fonds; § 9 Mannheimer Fonds; s. dazu im einzelnen unter B IV 2 a.
3) Siebert, Treuhandverhältnis, S. 1
4) Liebich, Treuhand und Treuhänder, S. 8o; BGH in NJW 1954, S. 19o, das Interesse an einer Provision rechtfertigt es allein nicht, eine eigennützige Treuhand anzunehmen.
5) Vgl. § 3 Abs. 2 Dr. Görtmüller KG; RWI Fonds § 4 Mannheimer Fonds.
6) Die Frage des Direktionsrechts korrespondiert mit der Überlegung, inwieweit Nichtgesellschafter Einfluß auf die Gesellschaft nehmen können. Vgl. dazu Wolff, Der Treuhänderkommanditist, S. 56 ff. 71 ff.

tifikatinhaber direkt keinen Einfluß nehmen, denn die Beschlüsse werden von den Komplementären gefaßt, wobei jedoch alle wesentlichen Geschäftsvorfälle der Einwilligung des Treuhandkommanditisten bedürfen.[1] Einwilligungsbedürftig sind insbesondere die Festsetzung der Jahresabschlüsse, die Rücklagenbildung und auch die Änderung des Gesellschaftsvertrages.[2] Bei diesen, wie auch bei allen anderen Entscheidungen[3] handelt der Treuhänder praktisch nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen.

Diese faktische Weisungsfreiheit berührt das Treuhandverhältnis jedoch nicht, berücksichtigt man folgende Überlegung. Der Treuhandkommanditist steht in einem doppelten Pflichtenkreis. Bei allen seinen Entscheidungen kann er in eine Konfliktsituation zwischen seinen Treuhandpflichten und seinen gesellschaftsrechtlichen Pflichten geraten. In diesen Fällen muß er sein pflichtgemäßes Ermessen walten lassen und kann nicht einseitig seinen Direktiven folgen. Eine uneingeschränkte Weisungsgebundenheit scheidet bei jedem Treuhandkommanditisten aus der Natur der Sache schon aus.[4]

Stehen wie bei den Immobilienfonds mehrere nichtorganisierte Treugeber einem Treuhänder gegenüber,[5] und geben sie dem Treu-

---

1) Vgl. § 6 Abs. 2 und 3 der Ges-Verträge.
2) Vgl. S. 34 FN 1 und § 11 Dr. Görtmüller KG; § 1o RWI Fonds und Mannheimer Fonds sowie Schlußbestimmungen der AVB.
3) Hervorzuheben ist hier noch die Vereinbarung über die Vergütung der Komplementäre (§ 6 Ges-Verträge) und die Mitwirkung bei Änderungen der AVB (s.Schlußbestimmung).
4) Die Doppelstellung des Treuhandkommanditisten ist den Treuhändern beim Treuhandvergleich oder der Kreditsicherung vergleichbar. Siebert schreibt dazu auf S. 1o1: "Das Moment der Uneigennützigkeit führt zu der weiteren Einteilung in einseitige und mehrseitige Treuhand. In dem letzten Fall muß der Treuhänder in einer vermittlerähnlichen Stellung nach mehreren Seiten hin fremde Interessen wahrnehmen".
5) Die Treugeber könnten sich organisieren, z.B. einen gemeinsamen Ausschuß bilden, der dem Treuhänder dann einheitliche Weisungen erteilt.

händer verschiedenartige Weisungen, so kann sie der Treuhänder ebenfalls nicht befolgen. In derartigen Fällen muß er ebenfalls nach pflichtgemäßem Gutdünken entscheiden, dabei jedoch das Wohl der Gesellschaft und die Interessen der Gesamtheit der Treugeber beachten. Weisungen an einen Treuhandkommanditisten können daher nie absolut verbindlich sein,[1] widersprechende Weisungen hat er unter Berücksichtigung der verschiedenen Interessen zu koordinieren.

Ganz allgemein kann gesagt werden, daß ein Treuhänder zwangsläufig umsomehr in eigener Verantwortung zu handeln und zu entscheiden hat, je mehr Treugeber vorhanden sind, die zu einer einheitlichen Willensbildung nicht in der Lage sind.[2] Der Umstand, daß für den Treuhandkommanditisten eine konkurrierende Rechtszuständigkeit besteht, berührt seine Treuhandstellung nicht. Im Rahmen dieses Interessenausgleichs kann das Weisungsrecht Einschränkungen unterliegen.

Das zwischen dem Treuhandkommanditisten und den Zertifikatinhabern geschlossene Rechtsverhältnis enthält die Elemente einer Treuhandabrede.[3]

Der Kommanditanteil wird durch den obligatorischen Anlagevertrag treuhänderisch gebunden, er wird zum Treugut. Alleininhaber der Kommanditeinlage ist aber der Treuhandkommanditist, der nur schuldrechtlich gebunden ist, bei seiner Gesellschaftertätigkeit die Interessen der Zertifikatinhaber zu wahren. Es liegt somit eine Vollrechtsinhaberschaft mit innerer schuldrecht-

---

1) Vgl. Wolff, a.a.O., S. 82/83
2) Vgl. Wolff, a.a.O., S. 83
3) Siehe zwischen Treuhandverhältnis i.e.S. und weiteren Sinne die Abgrenzung auf S. 33 FN 2

licher Bindung vor, ein fiduziarisches Treuhandverhältnis.[1] Mit dieser Feststellung ist nur der Vertragszweck gekennzeichnet. Dem Treuhandverhältnis kann im Innenverhältnis, ein Auftrag, ein Dienstvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag zugrundeliegen,[2] was im einzelnen später dargestellt wird.[3]

2. Form des Treuhandverhältnisses

Auch treuhänderische Rechtsverhältnisse - insbesondere treuhänderische Rechtsübertragungen -bedürfen der allgemeinen Formen, die für solche Rechtsgeschäfte gelten.[4] Keinesfalls bedarf das hier begründete Treuhandverhältnis der Form des § 313 BGB - notarielle Beurkundung - denn Gegenstand dieses Rechtsverhältnisses sind nicht die Immobilien, sondern die Gesellschaftseinlage des Kommanditisten.[5]

---

1) Von der Rechtsprechung RGZ 84, 214 (217); 91, 12 (16); 127, 341 (344); 133, 84 (87); 94, 3o8; und einem Teil der Literatur; Wieczorek, Großkommentar, § 771 ZPO; Menzel-Kuhn, KO zu § 1 u.a. wird nur dann von einem fiduziarischen Treuhandverhältnis gesprochen, wenn das Treugut unmittelbar vom Treugeber in das Vermögen des Treuhänders gelangt ist. Die unmittelbare Vermögensübertragung ist aber, wie aufgezeigt, kein charakteristisches Merkmal der fiduziarischen Treuhand, da die Treuhandabrede primär ist, die das Treugut schuldrechtlich bindet. Vgl. Siebert, a.a.O., S. 1o8. Das Unmittelbarkeitsprinzip spielt nur im Verhältnis zu Dritten (Außenverhältnis) eine Rolle. In der neueren Literatur wird daher auch überwiegend von einem fiduziarischen Treuhandverhältnis gesprochen, wenn sogenannter Ersterwerb vorliegt und eine diesbezügliche Treuhandabrede besteht. Siebert, a.a.O., S. 2o7 und 211; Palandt-Hoche, Vorb. 7D zu § 929; Enneccerus-Nipperdey, § 148 II S. 92o; BGH, BB 1953, S. 248; Reinhardt-Erlinghagen, JuS 1962, S. 48.
2) Schneider, Festschrift für Philipp Möhring, S. 117
3) Vgl. unter B IV 1 - Art der Beteiligung
4) Reinhardt-Erlinghagen, JuS 1962, S. 46
5) Auch wenn ein Grundstück vom Treuhänder für den Treugeber erworben werden sollte, bedarf die Treuhandabrede nicht der Form des § 313 BGB, da der Schutzzweck der Formvorschrift beim Erwerb durch einen Beauftragten nicht besteht. Vgl. hierzu Staudinger-Nipperdey, § 662 Anm. 28; Enneccerus-Lehmann, § 28 II 3 und 3 a; Tiefenbacher, BB 1961, S. 1o28 mw. Nachw.

Bestimmte Formvorschriften enthalten die AVB nicht. Um sich aber an einem Immobilienfonds beteiligen zu können, muß eine schriftliche Zeichnungserklärung - Zeichnungsschein - abgegeben werden.
Die schriftliche Zeichnungserklärung, ein Angebot zum Abschluß des Anlagevertrages und dem damit verbundenen Treuhandverhältnis, wird von dem Kommanditisten schriftlich bestätigt, so daß Schriftform als vereinbart anzusehen ist,[1] auch wenn dies nicht ausdrücklich in den AVB hervorgehoben wird.

3. Reichweite des Treuhandverhältnisses

Gemäß § 3 AVB beim RWI Fonds und der Dr. Görtmüller KG wird mit der Annahme des Gegenwertes das Treuhandverhältnis begründet. Gemäß § 4 AVB des Mannheimer Fonds soll das Treuhandverhältnis durch den Erwerb eines Zertifikates und die Eintragung ins Zertifikatregister begründet werden. Der RWI Fonds und die Dr. Görtmüller KG stellen es auf den Gegenwert ab, der Mannheimer Fonds, so scheint es, auf einen anderen Zeitpunkt.

Mit der Annahme des Zeichnungsangebotes kommt der Anlagevertrag zustande. Ein Treuhandverhältnis entsteht in diesem Zeitpunkt noch nicht, denn jedes Treuhandverhältnis setzt ein Treugut, sei es im engeren oder weiteren Sinne, voraus.[2] Es muß ein Gegenstand vorhanden sein, der treuhänderisch gebunden wird.[3] Vertragsabschluß und Beginn des Treuhandverhältnisses fallen also auseinander.[4] Erst wenn der Treuhänder Vermögensgegenstände erhält, die er treuhänderisch verwalten soll, besteht das Treuhandverhältnis.[5] Vermögenswerte werden dem Treuhandkomman-

---

1) Schriftform kann auch konkludent vereinbart werden.
2) Hans Hartisch, Vertretung und Treuhand im Steuerrecht, S. 76
3) Lipfert, Handelsblatt v. 24.4.1968 Nr. 80, S. 15; Huber, Die Rechtstellung des Treugebers, S. 417
4) Vgl. hierzu Kirsten, Treuhand und Treuhänder im Steuerrecht, S. 32, FN 24 - Treuhandvertrag - und Beginn des Treuhandverhältnisses können auseinanderfallen.
5) Vgl. hierzu Siebert, Treuhandverhältnis, S. 25

ditisten mit der Einzahlung des Zeichnungsbetrages bzw. dessen Gutschrift zugeführt. Die Ausgabe von Zertifikaten und die Eintragungen in das Zertifikatregister können dagegen kein Kriterium für den Beginn eines Treuhandverhältnisses sein, sie sind für die Begründung des Treuhandverhältnisses irrelevant.

Zu erwähnen wäre noch, daß die überwiesenen Geldbeträge Treugut i.e.S. sind. Sie werden den Treuhandkommanditisten von den Anlegern unmittelbar anvertraut, so daß dem Unmittelbarkeitsprinzip Genüge getan ist. Erst wenn die Beträge vereinbarungsgemäß verwendet werden, wird aus dem Treugut im Rechtssinne Treugut im weiteren Sinne.

4. Auflösung des Treuhandverhältnisses

a) Abberufung des Treuhandkommanditisten durch die Anteilsinhaber

Nach den AVB wird das zwischen dem Treuhänder und den Anteilsinhabern begründete Treuhandverhältnis auf unbestimmte Dauer geschlossen,[1] es kann jedoch mit einer Frist von 12 Monaten - beim Mannheimer Fonds mit einer Frist von 6 Monaten - zum Schluß des Kalenderjahres gekündigt werden. Dieses Treuhandverhältnis ist ein einheitliches und unteilbares Rechtsverhältnis, das allen Anteilsberechtigten gegenüber besteht und das nur einheitlich allen Anlegern gegenüber aufgelöst werden kann.

Die AVB, die dem einzelnen Anteilsinhaber kein Kündigungsrecht des Treuhandverhältnisses gewähren, fordern zur Ablösung des Treuhandkommanditisten - unter Einsetzung eines anderen geeigneten Treuhänders - unterschiedliche Mehrheitsbeschlüsse der Zertifikatinhaber. Nach § 3 AVB der Dr. Görtmüller KG ist für eine Kündigung durch die Anteilsberechtigten eine Mehrheit erforderlich, die 51 % des Nennbetrages aller Anteilscheine repräsentiert. Beim RWI Fonds (§ 3 AVB) und Mannheimer Fonds

1) Vgl. §§ 3 bzw. 4 AVB.

(§ 4 AVB) ist eine entsprechende Nennbetragsmehrheit von 75 % vorgesehen.

Dem einzelnen Zertifikatinhaber steht nur das Recht zu, seinen Anteil zu veräußern,[1] um das Rechtsverhältnis mit dem Treuhandkommanditisten zu beenden.

Die AVB erwähnen nur das ordentliche Kündigungsrecht der Anteilseigner. Über eine Kündigung aus wichtigem Grund ist keine ausdrückliche Regelung getroffen worden. Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß eine Kündigung aus wichtigem Grunde ausgeschlossen ist. Das Treuhandverhältnis wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Als Dauerschuldverhältnis[2] muß es auch aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auflösbar sein.[3][4] Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn ein Ereignis eintritt, welches die weitere Durchführung des Vertrages so sehr gefährdet, daß dem anderen Teil eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann.[5]

Fraglich ist nur, wer das Treuhandverhältnis auflösen kann, ob jeder einzelne Zertifikatinhaber den Treuhandkommanditisten aus

---

1) Beim RWI Fonds besteht zusätzlich ein Rückgaberecht an die Fonds Gesellschaft § 8 AVB.
2) Dauerrechtsverhältnisse können schuldrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, familienrechtlicher und anderer Art sein; s. dazu Brox, BB 1965, S. 523
3) Im bürgerlichen Recht wie im Handelsrecht besteht ein allg. Prinzip, daß Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund gekündigt werden können, und zwar auch dann, wenn die Parteivereinbarungen das nicht vorsehen. Soergel-Siebert-Knopp, § 241 Anm. 11; grundsätzlich dazu auch BGHZ 9, 157, 161 f.; Ballerstedt, JuS 1963, S. 261; Schlegelberger-Geßler, § 133 Anm. 1; Weipert, in RGR Komm. z. HGB, § 133 Anm. 1
4) Larenz, Schuldrecht I, § 2 VI, S. 23 FN 1 räumt ein außerordentliches Kündigungsrecht nur ein, wenn keine "normale" Kündigung vorgesehen ist.
5) BGHZ in MDR 1951, S. 61o; z.B. Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit oder pflichtwidrige Verfügungen, § 3 Abs. 3 S. 5 AVB Dr. Görtmüller KG sieht für den Fall der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit ein automatisches Ausscheiden des Treuhänders vor.

wichtigem Grunde abberufen kann, oder ob eine bestimmte Mehrheit von Anteilsinhabern zusammen wirken muß. Dem Treuhandkommanditisten ist bei den Fonds die dominierende Stellung eingeräumt.[1] Mit dem verfolgten wirtschaftlichen Zweck dieser Fonds steht es nicht im Einklang, wenn das nur allen Anteilsberechtigten einheitlich auflösbare Treuhandverhältnis von einem einzelnen Zertifikatinhaber - der unter Umständen nur zu einem 1/1ooo am Fonds beteiligt ist - aufgelöst werden kann. Daß zur Auflösung des Treuhandverhältnisses aus wichtigem Grunde - ebenso wie bei der ordentlichen Kündigung - eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist, ergibt sich nicht nur aus dem Sinn und Zweck der Fonds-Konstruktion, sondern ist auch im Rahmen der Auslegung den AVB zu entnehmen. Danach ist "für eine Kündigung durch die Anteilsberechtigten" eine bestimmte Mehrheit notwendig (§ 3 Abs. 3 Satz 3 Dr. Görtmüller KG und RWI Fonds, § 4 Abs. 3 Satz 3 Mannheimer Fonds.)

Dem Kündigungsrecht der Anteilsinhaber - sowohl bei der ordentlichen als auch bei der Kündigung aus wichtigem Grunde - kommt praktisch jedoch keine besondere Bedeutung zu. Den Beteiligten fehlt einmal eine eigene Organisation, zum anderen kennen sich die Anleger untereinander nicht.

b) Kündigung durch den Treuhandkommanditisten

Dem Treuhandkommanditisten ist in den AVB auch das Recht eingeräumt, das Treuhandverhältnis zu kündigen, jedoch nur aus wichtigem Grunde.[2] Als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung muß die Kündigung allen Anteilsinhabern zugehen, um wirksam

---

1) Bei Gesellschaftsbeschlüssen hat er z.B. doppeltes Stimmrecht; er ist Schaltstation zwischen den Anlegern und der Fonds Gesellschaft.
2) § 3 Abs. 3 Satz 4 Dr. Görtmüller KG und RWI Fonds, § 4 Abs. 3 Satz 4 Mannheimer Fonds.

zu werden (§ 3o Abs. 1 Satz 1 BGB).[1)]

Mit der Auflösung des Treuhandverhältnisses scheidet der Treuhänder aus der Fonds Gesellschaft aus. In seine Rechten und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag und den AVB tritt ein geeigneter Nachfolger ein.[2)] Der Nachfolger wird bei den einzelnen Fonds in einem unterschiedlichen Verfahren bestimmt.[3)]

5. Auflösung des Immobilienfonds

Beim RWI Fonds findet gemäß § 4 AVB eine Auflösung des Immobilienfonds nur aus wichtigem Grunde statt. Bei der Dr. Görtmüller KG und dem Mannheimer Fonds sind detaillierte Bestimmungen aufgestellt worden. (§ 14 Ges-Vertrag i.V. mit § 7 AVB bzw. § 12 Ges-Vertrag i.V. mit § 11 AVB), die jedoch nur die wesentlichen wichtigen Gründe für eine Auflösung näher kennzeichnen. Darüber hinaus erhebt sich die Frage, ob die Fonds Gesellschaften auch von den Komplementären oder Treuhandkommanditisten aufgelöst werden können.

Den persönlich haftenden Gesellschaftern einer KG räumt das HGB ein ordentliches Kündigungsrecht, sowie ein Antragsrecht auf gerichtliche Entscheidung[4)] beim Vorliegen eines wichtigen Grundes

---

1) § 13o Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht zwingendes Recht; die Parteien könnten im Rahmen der Vertragsfreiheit abweichende Vereinbarungen treffen. Palandt-Danckelmann, § 13o Anm. 1 c; Erman-Westermann, § 13o Anm. 1 - s. auch Soergel-Siebert-Hefermehl, § 13o Anm. 4, Zugehen durch Anschlag oder Aushang bei Kündigungen. In Anbetracht der großen Zahl von Anlegern wäre es zweckmäßig, in den AVB das Erfordernis des Zuganges abweichend zu regeln, z.B. durch öffentliche Bekanntmachung.

2) § 3 Abs. 4 AVB, Dr. Görtmüller KG und RWI Fonds, § 4 Abs. 4 AVB Mannheimer Fonds.

3) Bei der Dr. Görtmüller KG bestellt die Deutsche Revisions- und Treuhand-Aktiengesellschaft, Frankfurt/Main einen geeigneten Treuhänder; beim RWI-Fonds wird die zuständige staatliche Aufsichtsbehörde - Finanzminister für Nordrhein Westfalen - tätig; beim Mannheimer Fonds wird der Nachfolger von den verbleibenden Gesellschaftern im Einvernehmen mit dem Experten-Komitee bestimmt.

4) Die Auflösungsklage des § 133 HGB tritt an die Stelle des einfachen Kündigungsrechts aus wichtigem Grunde (§ 723 BGB) - s. Begründung dazu bei Schlegelberger-Geßler, § 133 Anm.16

ein. (§ 161 Abs. 2 i.V.m. §§ 132, 133 HGB).[1] In beiden Fällen sieht das Gesetz die Auflösung der Gesellschaft vor (§ 161 Abs. 2 i.V.m. § 131 Ziffer 6 HGB).

Demgegenüber bestimmen die Ges-Verträge der Fonds, daß in den Fällen des § 131 Ziffer 6 HGB - ordentliche Kündigung und Antrag auf Auflösung der Gesellschaft - die Gesellschaft nicht aufgelöst wird, vielmehr der betreffende Gesellschafter mit sofortiger Wirkung aus der Gesellschaft ausscheidet.[2]

Die Zulässigkeit solcher Vereinbarung ergibt sich für das ordentliche Kündigungsrecht eines Gesellschafters bereits aus § 138 HGB.

Hinsichtlich des Rechts aus § 133 HGB[3] ergeben sich Bedenken durch die Bestimmung des § 133 Abs. 3 HGB. Danach ist eine Vereinbarung nichtig, die das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausschließt. § 133 Abs. 3 HGB erklärt jedoch nur diejenigen Abreden für unzulässig, die das Kündigungsrecht ausschließen oder erheblich erschweren.[4] Unberührt bleiben gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen, die lediglich die Folgen einer außerordentlichen Kündigung regeln. Dazu gehören auch die Bestimmungen, die eine Fortsetzung der

---

1) Das Auflösungsrecht nach § 133 HGB steht neben dem befristeten Kündigungsrecht nach § 132 HGB; s. Schlegelberger-Geßler, § 133 Anm. 2

2) § 13 Abs. 1 Dr. Görtmüller KG; § 11 Abs. 2 und 1 RWIFonds - § 11 Mannheimer Fonds, der nicht ausdrücklich auf § 131 Ziffer 6 HGB hinweist, sondern nur das Recht der Gesellschafter-Versammlung statuiert, einen persönlich haftenden Gesellschafter aus wichtigem Grunde auszuschließen.

3) Antrag auf gerichtliche Entscheidung, um die Gesellschaft aus wichtigem Grunde aufzulösen. § 133 HGB ist letzter Notbehelf, wahren weniger einschneidende Maßnahmen die Belange des Gesellschafters, scheidet eine Auflösung aus; s. Schlegelberger-Geßler, § 133 Anm. 15; Weipert, in RGR-Komm. z.HGB, § 133 Anm. 16

4) Schlegelberger-Geßler, § 133 Anm. 34; Weipert, a.a.O., § 133 Anm. 25

Gesellschaft unter Ausschluß eines Gesellschafters festsetzen.[1]

Die Komplementäre können die Fonds Gesellschaft - wie sich aus dem vorangegangenen ergibt - durch eine Kündigung nicht auflösen. Diese Regelung ist bei den Immobilienfonds auch gerechtfertigt, weil die persönlich haftenden Gesellschafter an der Fonds Gesellschaft keinen eigenen Kapitalanteil haben und weil ihnen im Falle des Ausscheidens kein Auseinandersetzungsanspruch zusteht.[2]

Für die Treuhandkommanditisten bestimmen die Gesellschafts-Verträge der Immobilienfonds lediglich, daß sie mit dem Erlöschen des Treuhandverhältnisses aus der Gesellschaft ausscheiden.[3] Über ihre Rechte, die Fonds Gesellschaft zu kündigen oder durch gerichtliche Entscheidung aufzulösen, ist keine Regelung getroffen worden. Den Treuhandkommanditisten stehen als voll wirksamen Gesellschaftern[4] - sie sind lediglich schuldrechtlich gebunden, die Interessen der Anteilsberechtigten zu wahren - über § 161 Abs. 2 HGB die Rechte aus § 132 i.V.m. § 131 Ziffer 6 und § 133 HGB zu.[5] Machen sie jedoch von diesen Rechten Gebrauch, könnten sie gegen die AVB verstoßen[6] und den Anteilsinhabern schadens-

---

1) Schlegelberger-Geßler, § 133 Anm. 32; Weipert, a.a.O., § 133 Anm. 25 und Anm. 4; der zwingende Charakter des § 133 Abs. 3 HGB hat nur den Zweck, dem Gesellschafter die Lösung aus der persönlichen Bindung zu ermöglichen.
2) Vgl. Ges-Verträge; §§ 5 Abs. 3, 13 Abs. 1 Dr. Görtmüller KG; §§ 5 Abs. 4, 11 RWI Fonds, §§ 5 Abs. 3, 11 Mannheimer Fonds.
3) § 13 Abs. 2 Dr. Görtmüller KG; § 11 RWI Fonds und Mannheimer Fonds.
4) Als Treuhänder i.s.W. sind sie in formeller und materieller Hinsicht Gesellschafter. Anders könnte es sich nur bei Treuhandverhältnissen i.e.S. verhalten, bei denen der Treugeber zuerst Gesellschafter war, es materiell bleibt und der Treuhänder nur formell Gesellschafter wird. -
5) Schlegelberger-Geßler, § 177 Anm. 11; Weipert, in RGR-Komm. z.HGB, § 177 Anm. 25
6) Nach den AVB findet die Auflösung der Fonds Gesellschaft nur aus bestimmten Gründen (§ 7 Dr. Görtmüller KG, § 11 Mannheimer Fonds) bzw. aus wichtigen Gründen statt (§ 9 RWI Fonds).

ersatzpflichtig werden.[1]

III. Rechtsbeziehungen der Zertifikatinhaber untereinander

1. Zertifikatinhaber als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts

Über die Rechtsbeziehungen der Zertifikatinhaber untereinander ist weder in den Gesellschafts-Verträgen noch in den AVB etwas enthalten. Die Zertifikatinhaber sind in den AVB nur in zwei Fällen angesprochen, einmal für die Aufkündigung des Treuhandverhältnisses,[2] zum anderen für die Auflösung der Fonds Gesellschaft.[3]

Die Inhaber der Anteilscheine eines Fonds könnten unter sich eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bilden (§§ 705 ff. BGB), vorausgesetzt, die zur Entstehung einer solchen Gesellschaft begriffsnotwendigen Tatbestandsmerkmale liegen vor. Erforderlich wäre ein auf privatrechtlichem Rechtsgeschäft beruhender Zusammenschluß von Personen, mit dem Ziel, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen.[4] Begriffsnotwendig ist demnach ein gemeinsamer Zweck, ein Gesellschafts-Vertrag, sowie das Vorhandensein einer Personengemeinschaft.[5] Entscheidend ist nur, ob ein Rechtsverhältnis diese für eine Gesellschaft erforderlichen Tatbestandsmerkmale, die nicht der Dispositionsfreiheit der Partei unterstehen, enthält.[6] Liegen sie vor, handelt es sich um eine Gesellschaft des

---

1) In der Praxis dürfte dieser Problematik keine Bedeutung zukommen, weil als Treuhänder i.d.R. renommierte Großbanken eingesetzt sind, von denen vertragsgerechtes Verhalten zu erwarten ist.
2) Vgl. vorangegangenes Kapital, B II 4 a S. 40
3) Die Zertifikatinhaber können mit einer Mehrheit von 75 % der im Umlauf befindlichen Anteilsscheine den Treuhand Kommanditisten anweisen, die Fonds Gesellschaft aufzulösen (§ 9 Abs. 1 RWI Fonds; § 7 Abs. 1 Dr. Görtmüller KG; § 11 Mannheimer Fonds).
4) Vgl. zu dieser weitgehenden Definition Soergel-Siebert-Schultze=v. Lasaulx, Vorb. zu § 705 Anm.1; Staudinger-Keßler, § 705 Anm. 1; Larenz, Schuldrecht II, § 56 I, S. 284
5) Larenz, a.a.O.; BGHZ in NJW 1951, S. 308
6) Staudinger-Keßler, Vorb. 26 zu § 705; Soergel-Siebert-Schultze=v. Lasaulx, Vorb. 26 zu § 705

bürgerlichen Rechts, unabhängig davon, ob die Parteien ihre vertraglichen Beziehungen als gesellschaftsrechtlich ansehen oder nicht.[1)]

a) Der gemeinsame Zweck

Fraglich ist schon der gemeinsame Zweck,[2)] den die Anteilsinhaber zu fördern verpflichtet sein sollen. Ohne auf die unterschiedlichen Definitionen des gemeinsamen Zwecks im einzelnen einzugehen,[3)] kann hier gesagt werden, daß der gemeinsame Zweck mit dem Erwerb der schuldrechtlichen Beteiligungen durch die Anteilszeichner erreicht ist.[4)5)]

Der Treuhandkommanditist, der von den Anteilsinhabern nicht eingesetzt wird, ist bereits Gesellschafter der KG. Die Interessenten haben nur die Möglichkeit, unter den bestehenden bzw. neu aufgelegten Fonds denjenigen auszuwählen, der ihnen am günstigsten erscheint,[6)] d.h. ihnen bleibt nur die Wahl, sich am Fonds zu beteiligen oder ihm fernzubleiben.

Ein gemeinsamer Zweck, den die Zertifikatinhaber nach ihrer Anteilszeichnung noch gemeinschaftlich wahrnehmen können, ist nicht ersichtlich.

---

1) BGHZ 31, 197 (201); Fischer in BGB-RGRK, § 705 Anm. 2
2) Das Gesetz bleibt eine Definition des Begriffes "Gemeinsamer Zweck" schuldig; s. aber Ballerstedt, JuS 1963, S. 253 ff., danach ist der Zweck i.S. des § 705 BGB "das Betreiben des Gewerbes in der zur Gewinnerwirtschaftung erforderlichen Weise".
3) Vgl. dazu Staudinger-Keßler, § 705 Anm. 28; Ballerstedt, a.a.O.; Larenz, a.a.O., S. 284 f.; BGHZ in NJW 1951, S. 308
4) Eine Gesellschaft könnte zwischen den Anteilszeichnern frühestens mit der Schließung des Fonds entstehen. Vorher sind sie nur verpflichtet, dem Fonds "beizutreten", falls das erforderliche Eigenkapital aufgebracht wird.
5) Auch bei den Wertpapierinvestmentfonds fehlt es an einer Zweckgemeinschaft; vgl. Reuter, Investmentfonds, S. 162
6) Da die AVB der Fonds im wesentlich gleich sind, kommen nur wirtschaftliche Überlegungen zum Zuge.

Auch die Tätigkeit des beauftragten Treuhandkommanditisten - die Kommanditeinlage für die Gesamtheit der Anteilsinhaber zu halten und zu verwalten - begründet keine Zweckgemeinschaft unter den Anlegern[1] ebensowenig wie ihr Recht, den Treuhandkommanditisten mit einem entsprechenden Mehrheitsbeschluß abzusetzen.[2]

Hinzu kommt, daß der Zertifikatinhabergesamtheit die zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks erforderliche Organisation fehlt. Jede Gesellschaft bedarf auch einer eigenen Organisation, selbst wenn diese noch so locker ist, die den Gesellschaftswillen verkörpert und den Beteiligten gewisse Einwirkungsmöglichkeiten oder Kontrollrechte gibt.[3] Fehlt es an dieser Organisation, entsteht die für eine Gesellschaft begriffsnotwendige Personengemeinschaft nicht, weil sich eine Personengemeinschaft nur dann sichtbar manifestieren kann, wenn Bestimmungen vorhanden sind, aus denen sich ergibt, wie die gemeinsamen Angelegenheiten wahrgenommen werden sollen.[4]

---

1) Vgl. auch RFH Urt. v. 11.3.1930, Bd. 26, S. 284 f.; die treuhänderische Verwaltung eines gemeinschaftlichen Wertpapierbesitzes begründet unter den Beteiligten keine Personengemeinschaft, weil die gemeinsame Verwaltung nur Folge des gemeinsamen Eigentums ist, nicht aber Zweck einer Personenvereinigung.

2) Martini, Immobilienzertifikate, S. 65 sieht den gemeinsamen Zweck bei einem Bruchteilsgemeinschaftsfonds (DII-Typ, der ähnlich konstruiert ist wie die hier zu untersuchenden Fonds Gesellschaften) in dem gemeinsamen Vorteil die erhöhte Abschreibung geltend zu machen. Das erscheint jedoch fraglich; danach müßten alle Miteigentümer eines Grundstücks, die degressiv abschreiben, einen gesellschaftsrechtlichen Zweck verfolgen.

3) BGHZ in NJW 1951, S. 308; Soergel-Siebert-Schultze=v.Lasaulx, Vorb. § 705 Anm. 8; RGZ 141, 143 (145)

4) Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist zwar eine überaus elastische Gesellschaftsform, da fast alle Normen abdingbar sind; Staudinger-Keßler, Vorb. 58 zu § 705; geht die Abdingbarkeit aber soweit, daß einem Beteiligten jegliche Einwirkung auf die Geschäftstätigkeit und jede Kontrolle versagt ist, so sind die elementaren Tatbestandsvoraussetzungen einer Gesellschaft nicht mehr gegeben.

b) Der Gesellschafts-Vertrag

Unabhängig von dem gemeinsamen Zweck wäre ein Gesellschafts-Vertrag zwischen den Zertifikatinhabern erforderlich, denn eine Gemeinschaft ohne Gesellschafts-Vertrag kann niemals eine Gesellschaft sein.[1] Ausdrücklich ist zwischen den Anteilsinhabern kein Gesellschafts-Vertrag geschlossen worden.

Ein Gesellschafts-Vertrag könnte sich aber auch aus den für alle Zertifikatinhaber eines Fonds gleichlautenden AVB herleiten lassen, vorausgesetzt, die AVB enthalten diesbezügliche Bestimmungen. Mit dem Erwerb eines Zertifikates könnten die für eine Gesellschaft notwendigen Erklärungen gegenüber den Treuhandkommanditisten abgegeben werden, der gleichzeitig bevollmächtigt wird, diese Erklärungen den anderen Zertifikatinhabern weiterzuleiten. Aber auch für diese Konstruktion ergeben sich keinerlei Hinweise aus den AVB der hier zu untersuchenden Fonds.

Bleibt abschließend nur die Frage zu klären, ob ein stillschweigend geschlossener Gesellschafts-Vertrag vorliegt.[2] Eine solche Annahme wäre eine reine Fiktion, die den Beteiligten einen Willen unterstellen würde, den sie nicht haben. Die Anleger, die sich untereinander nicht kennen,[3] beabsichtigen lediglich eine schuldrechtliche Beteiligung an einem Fonds zu erwerben, ohne damit gesellschaftsrechtliche Bindungen mit den übrigen Beteiligten einzugehen. Die Annahme eines Gesellschaftsvertrages würde dem Parteiwillen, der oberstes Gebot jeder Auslegung sein muß,[4] Zwang antun.

---

1) H.M. s. z.B. Staudinger-Keßler, § 7o5 Anm. 2; Ermann-Schulze-Wenck, § 7o5 Anm. 3; - Die faktische Gesellschaft ist eine unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten gegebene Besonderheit, die hier außer Acht bleiben kann.

2) Eine Gesellschaft kann auch durch schlüssiges Handeln sowie formlos entstehen, vgl. Staudinger-Keßler, § 7o5 Anm. 29; Larenz, Schuldrecht II, § 56 I e, S. 291; Erman-Schulze-Wenck, a.a.O.; Fischer, in BVB-RGRK, § 7o5 Anm. 2; RGZ 151, 321 (327); 163, 385 (392)

3) Nach Martini, Immobilienzertifikate, S. 7o ist es für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht erforderlich, daß sich die Zertifikatinhaber kennen.

4) Staudinger-Coing, § 133 Anm. 19 ff.; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 133 Anm. 1 und 8; Palandt-Danckelmann, § 133 Anm. 4

Die Beteiligten bilden daher untereinander keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.[1]

2. Zertifikatinhaber als Gemeinschaft nach Bruchteilen

Die Zertifikatinhaber der einzelnen Fonds könnten untereinander eine Gemeinschaft nach Bruchteilen bilden (§§ 741 ff. BGB).

In den AVB könnte z.B. ausdrücklich bestimmt werden, daß unter den Anteilszeichnern in Ansehung aller Ansprüche gegen den Treuhandkommanditisten eine Gemeinschaft des bürgerlichen Rechts entstehen soll.[2] Mit dem Erwerb eines Zertifikates würden dann die für die Bildung der Fonds-Gemeinschaft notwendigen Erklärungen abgegeben werden und der Treuhandkommanditist würde gleichzeitig bevollmächtigt sein, diese Erklärungen, soweit notwendig, den anderen Zertifikatinhabern des Fonds gegenüber weiterzuleiten.[3]

In den AVB der hier zu untersuchenden Fonds fehlt jedoch ein solcher Hinweis. Auch im Rahmen der Auslegung läßt sich eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Bruchteilsgemeinschaft nicht herleiten. Bei der Auslegung ist vom erklärten Parteiwillen auszugehen,[4] der sich im Einzelfall auch aus dem wirtschaft-

---

1) Der Annahme einer BGB-Gesellschaft würde im übrigen keine besondere Bedeutung zukommen, da jeder Gesellschafter sie gemäß § 723 BGB jederzeit auflösen könnte.

2) Eine Bruchteilsgemeinschaft kann auch durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung entstehen; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, Vorb. zu § 741 Anm. 2; Fischer, in BGB-RGRK, § 741 Anm. 4; Palandt-Gramm, § 741 Anm. 2; Larenz, Schuldrecht II, § 57 I, S. 313/314

3) Die DII, die am Anfang nur Bruchteilseigentumsfonds auflegte, hat in ihrem 1969 als Kommanditgesellschaft aufgezogenen Fonds K 46 erstmalig in die AVB Bestimmungen aufgenommen, nach denen die Anleger untereinander eine Bruchteilsgemeinschaft bilden. Gleichzeitig wurde das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, soweit dies gesetzlich zulässig ist, ausgeschlossen.

4) Der Parteiwille ergibt sich hier aus den AVB und den ergänzend heranzuziehenden Ges-Verträgen.

schaftlichen Zweck ableiten läßt.[1] Die wirtschaftliche Zwecksetzung der Immobilienfonds erfordert aber keinesfalls eine Bruchteilsgemeinschaft. Im übrigen wäre eine solche Auslegung auch nur dann sinnvoll, wenn gleichzeitig das Recht, die Gemeinschaft aufzuheben (§ 749 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen wird. Dazu ist aber eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich.

Für die Rechtsbeziehungen der Zertifikatinhaber untereinander gelten somit ausschließlich die allgemeinen Gesetzesvorschriften. Eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB) entsteht danach ohne weiteres, wenn ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht und keine andere gesetzliche Regelung eingreift.[2] Die in den §§ 741 ff. BGB aufgestellten Grundregeln sind insoweit zwingend.[3] Im Gegensatz zur BGB-Gesellschaft fehlt hier die personenrechtliche Verbundenheit zu einem gemeinschaftlichen Zweck.[4]

a) Gegenstand der gemeinsamen Berechtigung

Um entscheiden zu können, ob unter den Zertifikatinhabern eine Bruchteilsgemeinschaft besteht, ist vorweg der Gegenstand einer

---

1) Liebich, Treuhand und Treuhänder, S. 95; s. auch Soergel-Siebert-Hefermehl, § 133 Anm. 18; neben dem Wortsinn sind auch die Begleitumstände für die Auslegung bedeutsam.
2) Es genügt die bloße Tatsache, daß ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht; s. Palandt-Gramm, § 741 Anm. 2 und Anm. 4; Staudinger-Vogel, § 741 Anm. 1 und 3 a; Soergel-Siebert-Schultze=v. Lasaulx, Vorb. zu § 741 Anm. 1
3) Erman-Schulze-Wenck, § 741 Anm. 5; Palandt-Gramm, a.a.O.; Fischer in BGB-RGRK, § 741 Anm. 1o; Nur die schuldrechtlichen Vorschriften, namentlich die gemeinsame Verwaltung, die Durchführung der Auseinandersetzung unterliegen der Parteiautonomie.
4) Vgl. z.B. Soergel-Siebert-Schultze=v.Lasaulx, Vorb. zu § 741 Anm. 6 und 2; Fischer in BGB-RGRK, Vorb. zu § 7o5 Anm. 3 und § 741 Anm. 5; Staudinger-Vogel, § 741 Anm. 12

möglichen gemeinschaftlichen Berechtigung herauszustellen.[1] Die Immobilien, die im Alleineigentum der Kommanditgesellschaft stehen, scheiden ebenso aus, wie die Kommanditbeteiligung, die rechtlich allein dem Treuhandkommanditisten zusteht, der sie lediglich treuhänderisch für die Anteilsinhaber hält. Gegenstand einer gemeinsamen Berechtigung könnten nur die Rechte der Anteilsinhaber gegen den Treuhandkommanditisten sein, insbesondere die Ansprüche auf Jahresausschüttung,[2] Zahlung des Anteilswertes bei Rückgabe der Anteilscheine[3] oder Auflösung der Fonds Gesellschaft sowie das Recht auf Rechnungslegung.[4] Bei diesen Rechten, die den schuldrechtlichen Beziehungen der Vertragsparteien entspringen, handelt es sich um Forderungen gegen den Treuhandkommanditisten. Es ist zweifelhaft, ob und inwieweit eine Bruchteilsgemeinschaft an schuldrechtlichen Ansprüchen entstehen kann.[5] Gegenstand einer gemeinsamen Berechtigung ist in der Regel das Eigentum oder ein anderes dingliches Recht an einer Sache.[6]

Das wirtschaftliche Eigentum, das den Zertifikatinhabern nach den Werbeprospekten zustehen soll, kann keinesfalls Gegenstand der Bruchteilsgemeinschaft sein. Dieser Begriff kennzeichnet im wesentlichen nur eine Interessenlage, beinhaltet aber weder ein beschränktes noch relativ dingliches Recht, das Grundlage der Interessenverbindung sein könnte.[7]

---

1) Buchwald, JR 1967, S. 367/368 behandelt die Zertifikatinhaber bei der Dr. Görtmüller KG als Bruchteilsgemeinschaft i.S. der §§ 741 ff. BGB, ohne auf den Gegenstand der Beteiligung einzugehen.
2) Vgl. AVB § 5 Dr. Görtmüller KG, § 6 RWI Fonds, § 8 Mannheimer Fonds.
3) Ein Rückgaberecht besteht nur, falls dies in den AVB vorgesehen ist, vgl. unter B IV 2 b.
4) AVB § 4 Dr. Görtmüller KG, § 5 RWI Fonds, § 7 Mannheimer Fonds.
5) Fischer in BGB-RGRK, § 741 Anm. 8; Palandt-Gramm, § 754 Anm. 1; Palandt-Danckelmann, Vorb. zu § 42o Anm. 4 a
6) Fischer, a.a.O., Anm. 7; als andere Rechte kommen z.B. Urheber- oder Patentrechte in Betracht; Palandt-Gramm, § 741 Anm. 3; Erman-Schulze-Wenck, § 741 Anm. 2
7) Vgl. dazu Weigel, Immobilienanlagegesellschaften, S.144/145

Heute wird aber auch überwiegend eine Bruchteilsgemeinschaft an schuldrechtlichen Ansprüchen bejaht, jedoch gehen die Regelungen des § 420 BGB bei teilbaren und § 432 BGB bei unteilbaren Leistungen den Vorschriften §§ 741 ff. BGB vor.[1)]

b) Frage der Teilbarkeit der geschuldeten Leistung

Für die Forderungen der Anteilsinhaber gegen den Treuhandkommanditisten erhebt sich somit die Frage nach der Teilbarkeit der Leistung. Eine Leistung ist teilbar, wenn sich der Leistungserfolg ohne Wertminderung in gleichartige Teile zerlegen läßt.[2)] Geldleistungen sind i.d.R. teilbar,[3)] weil sich der Leistungserfolg durch mehrere gleichartige Zahlungen herbeiführen läßt.

Der Anspruch der Zertifikatinhaber auf die Jahresausschüttung ist daher ebenso eine teilbare Leistung, wie der Auszahlungsanspruch im Falle der Auflösung des Fonds oder bei der Rückgabe des Anteilscheines an die Fonds Gesellschaft.[4)] In diesen Fällen ergibt sich keine gemeinsame Zuständigkeit an einer Forderung, somit auch keine gemeinsame Berechtigung i.S. der §§ 741 ff. BGB. Anders könnte es sich bei dem Anspruch auf Rechnungslegung verhalten. Es gibt nur eine ordnungsgemäße Rechnungslegung, die nach den AVB in Form eines Rechenschaftsberichtes allen Zertifikatinhabern gegenüber zu erfolgen hat.[5)] Fraglich ist, ob es

---

1) Soergel-Siebert-Schultze=v.Lasaulx, Vorb. zu § 741 Anm. 13; Palandt-Danckelmann, Vorb. zu § 420 Anm. 4a; Fischer in BGB-RGRK, § 741 Anm. 8
2) Soergel-Siebert-Raimer Schmidt, § 420 Anm. 2; Palandt-Danckelmann, § 266 Anm. 2b; Erman-Westermann, § 420 Anm. 1; Nastelski in BGB-RGRK, § 420 Anm. 4
3) Erman-Westermann, a.a.O.; Palandt-Danckelmann, a.a.O.
4) Eine Rückgabe ist jedoch nur möglich, wenn sie in den AVB vorgesehen ist, s. unter B IV 2 b cc
5) § 4 Dr. Görtmüller KG; § 5 RWI Fonds; § 7 Mannheimer Fonds.

sich dabei um eine teilbare oder unteilbare Leistung handelt,[1] mit der Folge, daß einmal jeder Gläubiger Rechenschaft fordern kann, zum andern § 432 BGB Anwendung findet.[2]

Ohne auf die Frage der Teilbarkeit näher einzugehen, hat das Reichsgericht die Meinung vertreten, daß nach Treu und Glauben eine Vervielfältigung der aufgestellten Abrechnung geboten erscheint und jeder Gläubiger eine Ausfertigung verlangen kann.[3] Eine Vervielfältigung, so führt es weiter aus, macht dem Schuldner keine Beschwer und es liegt in Wahrheit auch nur eine einmalige Leistung vor.

Nach dieser Auffassung fehlt es den Anteilsinhabern an einer gemeinsamen Zuständigkeit, die sie untereinander verbinden könnte.

Nur wenn man mit einem Teil der Literatur die Meinung vertritt,[4] es handelt sich um eine unteilbare Leistung, würde zwischen den Zertifikatinhabern eine gemeinsame Zuständigkeit an einer Forderung entstehen. Die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB wären dann ergänzend zu § 432 BGB für das Verhältnis der Mitgläubiger untereinander heranzuziehen.[5]

Bei der Vielzahl von Beteiligten an einem Immobilienfonds, die sich untereinander auch nicht kennen, ist dieser Auffassung nicht zu folgen, weil insbesondere die AVB vorsehen, daß jedem Anteilsinhaber jährlich ein Rechenschaftsbericht zugeht.[6]

---

1) Für teilbare Leistungen Soergel-Siebert-Mühl, § 666 Anm. 8; ebenso Planck-Lobe, Bem. 4, zitiert aus Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O.; a.A. Denecke, in BGB RGRK, § 666 Anm. 3; Staudinger-Nipperdey, § 666 Anm. 22
2) § 432 BGB bestimmt für unteilbare Leistungen, daß jeder Gläubiger die Leistung nur an alle - also nicht an sich alleine - fordern kann, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten darf.
3) RGZ in Deutsches Recht 1941, S. 2189 (2191)
4) Vgl. FN 1 auf S. 54
5) Vgl. dazu Larenz, Schuldrecht I § 32 I B, S. 375/376
6) AVB über Rechnungslegung, §§ 4, 5 oder 7

Den Anlegern stehen keine Rechte gemeinschaftlich zu, vielmehr hat jeder Anteilsinhaber eigene Ansprüche gegen den Treuhandkommanditisten, so daß die Zertifikatinhaber untereinander keine Bruchteilsgemeinschaft i.S. der §§ 741 ff. BGB bilden.[1)]

IV. Rechtliche Stellung der Zertifikatinhaber gegenüber dem Treuhandkommanditisten

1. Art der Beteiligung

Beim Erwerb eines Immobilienzertifikats schließt der Anteilszeichner mit dem Treuhandkommanditisten einen Anlagevertrag ab, der die Grundlage für die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien bildet. Die große Zahl der Anleger sowie die erwünschte Übertragbarkeit der Rechte aus den Zertifikaten, einschließlich der Rechte aus dem Treuhandverhältnis, gestatten es dem Treuhandkommanditisten nicht, individuelle voneinander inhaltlich abweichende Anlageverträge abzuschließen. Um die Einheitlichkeit der Anlageverträge zu gewährleisten und den Vertragsabschluß zu vereinfachen, stellen die Immobilienfonds die Allgemeinen Bedingungen (AVB) auf,[2)] in denen im voraus die wesentlichen Punkte in abstrakter gesetzesähnlicher Weise festgelegt werden.[3)]

Der Anlagevertrag kommt mit dem in den AVB vorgesehenen typisierten Inhalt mit der Annahme eines entsprechenden Zeichnungsangebotes durch den Treuhandkommanditisten zustande.[4)]

---

1) Die Annahme einer Bruchteilsgemeinschaft hinsichtlich aller Forderungen - s. Buchwald, JR 1967, S. 367/368 - entspricht nicht der Gesetzessystematik und führt auch zu keiner engeren Bindung, weil die Gemeinschaft jederzeit auflösbar ist (§ 749 BGB).

2) Mit dem Erwerb eines Zertifikates erklärt der Erwerber seine Zustimmung zu den AVB und dem Ges-Vertrag; s. Schlußbestimmung der AVB.

3) Die AVB entsprechen den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Wirtschaftsleben.

4) Die Herausgabe der AVB stellt noch kein Vertragsangebot dar, sondern nur eine invitatio ad offerendum; vgl. im einzelnen Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 11o ff.

Zusammen mit dem Anlagevertrag wird die Treuhandvereinbarung abgeschlossen, die den Treuhandkommanditisten im Innenverhältnis schuldrechtlich bindet. Über die Art der obligatorischen Bindung ist mit der Feststellung, es liegt ein fiduziarisches Treuhandverhältnis vor, noch keine Aussage getroffen, weil es keinen typischen Treuhandvertrag gibt.[1] Einem Treuhandverhältnis kann im Innenverhältnis ein Auftrag, ein Dienstvertrag oder ein Gesellschafts-Vertrag zugrunde liegen.[2] Wie das Innenverhältnis bei den Immobilienfonds im einzelnen ausgestaltet ist, soll Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sein.

Nach § 1 AVB der Immobilienfonds wird den Anteilszeichnern nach Abschluß des Anlagevertrages eine Urkunde über den Anteil an einer treuhänderisch zu haltenden Kommanditbeteiligung ausgestellt, in der ihnen eine schuldrechtliche Beteiligung an dem Gesellschafteranteil bescheinigt wird. Die Anteilsinhaber, die an der Kommanditgesellschaft selbst nicht beteiligt sind, nehmen im Innenverhältnis mit einer bestimmten Quote an den aus der Kommanditeinlage fließenden Rechten und Pflichten teil. Sie haben eine obligatorische Teilhaberschaft an einem Kommanditanteil.[3]

In den Werbeprospekten und in der Literatur über Immobilienfonds wird dafür der Ausdruck Unterbeteiligung verwendet.[4] Für eine Unterbeteiligung ist die teilweise schuldrechtliche Über-

---

1) Soergel-Siebert-Mühl, Vorb. zu § 662 Anm. 6; Liebich, Treuhand und Treuhänder, S. 89, die Bezeichnung Treuhandvertrag kennzeichnet nur den Vertragszweck; RGZ 127, 341 (345)
2) Schneider, Festschrift für Philip Möhring, S. 117; i.d.R. liegt Auftrag bzw. Geschäftsbesorgung vor, s. Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O.; Siebert, Treuhandverhältnisse, S. 317
3) Wenn Wechsler, Immobilienfonds, S. 52 von einer Beteiligung an der Kommanditgesellschaft selbst ausgeht, so ist das unzutreffend.
4) Martini, Immobilienzertifikate, S. 33/34; Lipfert, Handelsblatt v. 15.4.1969 Nr. 80, S. 15; Liebich, a.a.O., S. 243; Buchwald, JR 1967, S. 367/368, die davon ausgehen, daß den Zertifikatinhabern bei Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaften Unterbeteiligungen eingeräumt werden.

tragung von Rechten und Pflichten an einem Gesellschafteranteil charakteristisch.[1] Der Treuhandkommanditist räumt den Zertifikatinhabern gleichwertige, nebenstufige Beteiligungen an seinem Gesellschafteranteil ein. Der Begriff Unterbeteiligung ist aber schillernd und sagt für sich allein noch nichts über die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten aus. Es handelt sich dabei meistens um gesellschaftsrechtliche Beziehungen, es kann aber auch ein partiarisches Darlehen oder ein anderes Rechtsverhältnis gegeben sein.[2]

a) Untergesellschaft

In der Regel ist die Unterbeteiligung eine besondere Art einer Innengesellschaft des bürgerlichen Rechts.[3] Der Hauptbeteiligte bringt seine Rechtsstellung als Gesellschafter in eine zwischen ihm und dem Unterbeteiligten gegründete Innengesellschaft ein. Gesellschaftsvermögen ist die Beteiligung an der Hauptgesellschaft. Gemeinsamer Gesellschaftszweck ist es, den Gesellschafteranteil an der Hauptgesellschaft im gemeinsamen Interesse zu halten und gewinnbringend zu nutzen.[4]

Der Hauptgesellschafter, der üblicherweise nur einen Teil seiner Gesellschafterstellung schuldrechtlich bindet, bleibt im Verhältnis zu Dritten Gesellschafter.[5] Er handelt in der Regel für sich und den obligatorischen Beteiligten im gemeinsamen Interesse, so daß eine Zweckgemeinschaft zwischen den Beteiligten entsteht.

---

1) Vgl. Soergel-Siebert,Schultze=v. Lasaulx, Vorb. zu § 7o5 Anm. 63
2) Herzfeld, AcP 137, S. 272
3) Z.T. wird auch die Auffassung vertreten, es handele sich um eine Form der stillen Gesellschaft;s.dazu Westermann, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 563, Rz 949 m.w.Nachw.; Esch, NJW 1964, S. 9o2 ff.
4) Westermann, a.a.O., S. 559, Rz 94o/942; Janberg, DB 1953, S. 77/79
5) Soergel-Siebert-Schultze=v. Lasaulx, Vorb. zu § 7o5 Anm. 63; Larenz, Schuldrecht II § 56 V b, S. 3o4

Einen gemeinsamen Zweck kann der Hauptgesellschafter aber nur so lange verfolgen, als ihm noch ein eigener Restanteil an seiner Gesellschafterstellung bleibt. Hat er seinen gesamten Gesellschafteranteil schuldrechtlich gebunden, d.h. auf mehrere Berechtigte aufgeteilt, kann er keinen gemeinsamen Zweck mehr verfolgen, denn es fehlt ihm das eigene Mitinteresse. Die Gemeinsamkeit des Zweckes erfordert zwar keine gleichgerichteten übereinstimmenden Interessen, erforderlich ist aber, daß jeder Partner sowohl seine eigenen als auch die Interessen der anderen Partner zu fördern beabsichtigt.[1] Wird ein Teil nur noch im Fremdinteresse tätig, fehlt die gemeinsame Zwecksetzung und für eine gesellschaftsrechtliche Interessengemeinschaft ist dann kein Raum mehr.

Die Immobilienfonds werden erst geschlossen, wenn das vorgesehene Eigenkapital, das allein durch die Kommanditeinlage aufgebracht wird,[2] voll gezeichnet ist, d.h. der gesamte Kommanditanteil schuldrechtlich gebunden ist. Der Treuhandkommanditist wird dann ausschließlich im Fremdinteresse tätig, ihm fehlt das Eigeninteresse am Gesellschafteranteil, den er für die Gesamtheit der Anteilszeichner treuhänderisch hält.[3]

Sein eigenes Interesse ist auf die Treuhandgebühr gerichtet.[4]

---

1) Vgl. Ballerstedt, JuS 1963, S. 254/255
2) Vgl. § 5 der einzelnen Ges-Verträge.
3) Auch beim RWI Fonds, der in seine AVB eine Rücknahmeverpflichtung aufgenommen hat, entstehen keine gesellschaftsrechtlichen Verbindungen. Der Treuhänder wird durch die Rücknahme von Anteilen am Sondervermögen beteiligt, er verfolgt aber keinen gemeinsamen Zweck mit den Anteilsinhabern, weil er die Anteile sofort an Dritte übertragen will. Gelingt ihm das nicht, wird er Fondsvermögen veräußern (§ 8 Abs. 2 AVB).
4) 1/2 % des Nennbetrages aller Zertifikate eines Fonds, § 3 Abs. 2 AVB Dr. Görtmüller KG und RWI Fonds, § 4 Abs. 2 Mannheimer Fonds.

Eine Zweckgemeinschaft in Form einer Untergesellschaft wird zwischen dem Treuhandkommanditisten und dem einzelnen Anleger nicht begründet.[1)]

Den Begriff Unterbeteiligung sollte man bei diesen Rechtsverhältnissen möglichst vermeiden,[2)3)] denn es handelt sich dabei i.d.R. um Treuhandverhältnisse. Für eine Unterbeteiligung ist neben der teilweisen Übertragung von Rechten und Pflichten an einem Gesellschafteranteil erforderlich, daß der Hauptbeteiligte einen eigenen Restanteil behält. Bei den Immobilienfonds ist das nicht der Fall. Wenn man den Begriff Unterbeteiligung jedoch weiter verwenden will, sollte man von Unterbeteiligungen im wirtschaftlichen Sinne oder wirtschaftlichen Unterbeteiligung sprechen.[4)]

b) Geschäftsbesorgungsverhältnis

Mit der gemeinsamen Beteiligung an einem Immobilienfonds bezwecken die Anteilszeichner, ihr Geld sicher und rentabel anzulegen und ihr Kapital sachkundig verwalten zu lassen. Der Treuhandkommanditist erhöht mit den ihm anvertrauten Geldern zuerst seine Gesellschaftseinlage,[5)] die er dann nach den in den AVB festgelegten Grundsätzen verwaltet. Er besorgt dabei fremde Geschäfte. Zu den fremden Geschäften ist jede fremdnützige Tätigkeit zu rechnen, die jemand für einen anderen übernimmt, ohne

---

1) A.A. Martini, Immobilienzertifikate, S. 23
2) Vgl. dazu Janberg, DB 1953, S. 77
3) Für KG-Immobilienfonds wird der Begriff Unterbeteiligung jedoch allgemein verwendet; vgl. FN 4 S. 56
4) Diese Terminologie könnte zu einer klaren Unterscheidung zwischen echten Unterbeteiligungen mit gesellschaftsrechtlichen Beziehungen und schuldrechtlichen Beteiligungen ohne Restanteil des "Hauptgesellschafters" führen.
5) Er finanziert zuerst einen geringfügigen Teil der Kommanditeinlage vor, refinanziert aber anschließend die gesamte Einlage durch Ausgabe von Zertifikaten (s. dazu § 5 Ges-Verträge).

materielle Eigeninteressen zu verfolgen.[1] Der Treuhandkommanditist, der die Kommanditeinlage ausschließlich im Interesse der Anleger hält und verwaltet, wird für sie als Geschäftsbesorger tätig. Schon seine Stellung als Treuhänder, die im übrigen als Indiz für eine Geschäftsbesorgung anzusehen ist,[2] schließt sein Eigeninteresse an der Gesellschaftseinlage aus.[3]

Die ihm jährlich als Entgelt zufließende Treuhandgebühr macht die Geschäftsbesorgung zu einer entgeltlichen i.S. des § 675 BGB. Die entgeltliche rechtsgeschäftlich vereinbarte Treuhand kann entweder ein Dienst- oder Werkvertrag sein. Der Vertragszweck bleibt jedoch eine Geschäftsbesorgung, die zumindest immer dann vorliegt, wenn es sich um eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art handelt, die für einen anderen in dessen Interesse wahrgenommen wird.[4]

§ 675 BGB zieht damit den allgemeinen Geschäftsbesorgungsbegriff enger, indem er die Wahrnehmung wirtschaftlicher Angelegenheiten mit gewisser Selbständigkeit fordert.[5] Der Geschäftsbesorgungsbegriff ist daher so weit gefaßt, daß er Treuhandtätigkeiten mit

---

1) Lenel, AcP 129, S. 8 und 1o - über den Begriff der Geschäftsbesorgung; s. auch Erman-Hauß, Vorb. 5 zu § 662; Palandt-Gramm, § 662 Anm. 3
2) Larenz, Schuldrecht II § 52 V, S. 264; Soergel-Siebert-Mühl, Vorb. zu § 662 Anm. 6
3) Daß der Geschäftsbesorger im Einzelfall ein eigenes Interesse mit verfolgt, steht der Wahrnehmung fremder Interessen nicht im Weg; Erman-Hauß, a.a.O.; Larenz, a.a.O., § 52 I 2, S. 254, BGHZ 16, 265 (266)
4) Vgl. die verschiedenen Ansichten über den umstrittenen Geschäftsbesorgungsbegriff bei Staudinger-Nipperdey, § 675 Anm. 5 ff.; Enneccerus-Lehmann, § 164 I, S. 692; Palandt-Gramm, § 675 Anm. 2 a
5) H.M. s. z.B. Erman-Hauß, Vorb. 4 zu § 662; Soergel-Siebert-Mühl, § 675 Anm. 1; Larenz, a.a.O., § 52 V, S. 263

einbezieht,[1] sonstige Dienst- und Werkverträge aber ausschließt.[2]

c) Subsidiär geltende Normen (zu den AVB)

Nach § 2 AVB der Dr. Görtmüller KG ist der Pachtzins, den die Generalpächterin "Die Neue Heimat" zahlt, so berechnet, daß eine 5 %ige Ausschüttung auf den Nennbetrag der Zertifikate erfolgen kann. Entsprechend ist § 3 AVB des Mannheimer Fonds gefaßt, danach ermöglicht der Mietzins, den die europa markt GmbH aufzubringen hat, eine jährliche Ausschüttung von mindestens 7 %.

Bei flüchtiger Betrachtung scheint es, als ob eine Rendite von 5 % bzw. 7 % garantiert wird. Tatsächlich enthalten diese Bestimmungen nur eine Aussage über die Berechnung der Ausschüttung, unter Zugrundelegung der abgeschlossenen Pacht- bzw. Mietverträge. Werden die Verträge mit der "Neuen Heimat" oder europa markt GmbH gekündigt, laufen diese Regelungen ins Leere und die weitere Rendite hängt von den neuen abgeschlossenen Verträgen ab.

Beim RWI Fonds werden keine Generalpacht- bzw. Mietverträge abgeschlossen. § 2 AVB enthält daher die Formulierung, daß eine jährliche Nettoausschüttung von mindestens 5 % vorgesehen ist. Eine bestimmte Mindestausschüttung wird auch hier nicht garantiert.[3]

---

1) Vgl. z.B. Staudinger-Nipperdey, § 675 Anm. 29; Soergel-Siebert-Mühl, Vorb. zu § 662 Anm. 6; vgl. auch Liebich, Treuhand und Treuhänder, S. 93. Auf den Meinungsstreit über den Geschäftsbesorgungsbegriff braucht nicht eingegangen zu werden, weil treuhänderische Vermögensverwaltung allg. dazu gerechnet wird.

2) Auch bei den Wertpapierinvestmentfonds wird das zwischen der Kapitalanlagegesellschaft und den Anlegern begründete Rechtsverhältnis als Geschäftsbesorgungsvertrag angesehen; s. Reuter, Investmentfonds, S. 1o9 mw.Nachw.

3) Die Ausschüttung hängt allein von den erwirtschafteten Überschüssen ab.

Bei allen drei Fonds hängt der Erfolg letztlich von Umständen ab, die nicht im Machtbereich der Treuhänder liegen, die sie zwar beeinflussen, aber nicht beherrschen können. Das Erfolgsrisiko tragen die Zertifikatinhaber, die nach der wirtschaftlichen Grundkonzeption der Immobilienfonds allein vom Erfolg bzw. Mißerfolg betroffen sein sollen, während die Treuhandgebühr in jedem Falle zu entrichten ist. Daraus folgt, daß die Treuhänder keinen bestimmten Erfolg versprechen, sondern nur das Bemühen, eine möglichst hohe Rendite zu erzielen. Die Treuhandbanken schulden somit nur eine fortdauernde Tätigkeit, so daß der Geschäftsbesorgung ein Dienstvertrag zugrunde liegt.[1)]

Nach den AVB gelten die Vorschriften der §§ 675, 611 ff. BGB subsidiär.[2)]

2. Auflösung des Rechtsverhältnisses

a) Übertragung der Rechte auf Dritte

aa) Regelung der AVB

Der Zweck einer gemeinsamen Geldanlage in einem Immobilienfonds liegt, wie bereits erwähnt, darin, auch für Sparer kleinerer Beträge eine sichere Kapitalanlage in Grundstückswerten zu schaffen. Der Risikograd einer Kapitalanlage bemißt sich u.a. nach dem Grad der Verwertbarkeit der Beteiligung. Um die Fungibilität der Anteile zu gewährleisten, enthalten die AVB der Fonds Gesellschaften gleichlautende Bestimmungen, nach denen die Rechte aus den Anteilscheinen einschließlich der Rechte aus dem Treuhandverhältnis frei übertragbar sind.[3)]

---

1) Vgl. über die Abgrenzung Werk- und Dienstvertrag Staudinger-Riedel, Vorb. 61 a zu § 631; Erman-Küchenhoff, Vorb. 2 b zu § 611; ausführlich Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, Vorb. zu § 611 Anm. 46 ff.

2) Die Vorschriften sind dispositiv - vgl. Erman-Hauß, § 675 Anm. 4 - die AVB gehen daher uneingeschränkt vor.

3) Zur Wirksamkeit der Übertragung ist nach den AVB noch die Eintragung in das Zertifikatregister erforderlich; vgl. dazu im folgenden unter IV 2 a cc

bb) Rechtlicher Charakter des Anteilscheins

Die Übertragung der Rechte hängt von der rechtlichen Ausgestaltung der Zertifikate ab.[1] Die Beurkundung eines Rechts in einem Papier kann verschiedene Wirkungen haben. Es kann sich um Beweisurkunden, Legitimationspapiere oder Wertpapiere handeln.[2]

Nach den AVB sind die auf den Namen der Anteilsberechtigten ausgestellten Zertifikate[3] Urkunden über einen Anteil an einer treuhänderisch zu haltenden Kommanditbeteiligung. Die Anteilscheine dürften danach lediglich den Charakter von Vertragsurkunden zur Erleichterung des Beweises haben.[4]

In den AVB ist jedoch zusätzlich bestimmt, daß der Einsender eines Anteilscheines dem Treuhandkommanditisten gegenüber zur Stellung des Umschreibungsantrages als berechtigt gilt.[5] Den Zertifikaten ist damit ein Rechtsschein verliehen, der über eine Beweisurkunde hinausgeht. Vom Umfang dieses Rechtsscheines, der sich aus dem Willen des Ausstellers und dem erstrebten wirtschaftlichen Zweck ableiten läßt,[6] hängt die rechtliche Qualifikation des Anteilscheines ab.

---

1) Inhaberpapiere werden nach §§ 929 ff. BGB übertragen; Legitimationspapiere nach den Grundsätzen der Forderungsabtretung.
2) HUECK, Recht der Wertpapiere, S. 1o
3) § 1 RWI Fonds und Mannheimer Fonds; die AVB der Dr. Görtmüller KG enthalten nicht ausdrücklich die Bestimmung, daß die Zertifikate auf den Namen der Anteilsberechtigten auszustellen sind.
4) Buchwald, BB 1968, S. 1182 sieht in den Zertifikaten lediglich einfache Urkunden über ein bestehendes Rechtsverhältnis.
5) § 6 Abs. 4 S. 3 Dr. Görtmüller KG; § 7 Abs. 2 S. 4 RWI Fonds, § 9 Abs. 2 S. 4 Mannheimer Fonds.
6) Hueck, Recht der Wertpapiere, S. 11

Der Treuhandkommanditist will sich durch diese Bestimmung die Prüfung der Legitimation des Antragstellers erleichtern. Der Einsender soll ihm gegenüber zum Empfang der Leistung[1] berechtigt sein,[2] er wird zugunsten des Treuhandkommanditisten mit dem Rechtsschein des wirklich Berechtigten ausgestattet.[3] Ein weitergehender Rechtsschein, insbesondere zugunsten des Papierinhabers, etwa in der Form, daß er bei Vorlage der Urkunde die Leistung verlangen kann, ist nicht erkennbar. Für ihn besteht keine Legitimationswirkung, ein Schutz seiner Interessen ist aus den AVB nicht zu entnehmen. Der Eigentümer des Papiers kann die Leistung nicht verlangen, sondern nur der nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen berechtigte Gläubiger der Forderung.[4]

Die Zertifikate sind somit keine Wertpapiere.[5] Es handelt sich bei den Immobilienzertifikaten lediglich um sog. schlichte Legitimationspapiere,[6] mit einer Schutzwirkung zugunsten der Treuhandkommanditisten.

---

1) Als Leistung wird hier die Eintragung in das Zertifikatbuch verstanden mit der Folge, daß die Jahreserträge dem Eingetragenen ausgezahlt werden und ihm die Steuervorteile zukommen.
2) Das gilt jedoch nur, so lange der Treuhand-Kommanditist redlich ist. Vgl. dazu im einzelnen Ulmer, Recht der Wertpapiere, S. 89 und S. 96; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 215, S. 861; Soergel-Siebert-Lippisch, § 808 Anm. 3 m.w.Nachw.
3) Die Ausweiswirkung tritt anstelle des Schutzes, den der Schuldner bei Abtretung der Forderung sonst nach §§ 407, 409 BGB genießt; vgl. Ulmer, a.a.O., S. 89, Raiser, ZHK 101, S.34/35 u.S. 59
4) Vgl. dazu im einzelnen Jakobi, Die Wertpapiere, S. 237; Ulmer a.a.O., S. 96
5) Es wird kein privates Recht in der Weise verbrieft, daß zur Ausübung des Rechts die Innehabung des Zertifikates erforderlich ist. Auf den Streit, ob auch Rektapapiere zu den Wertpapieren gehören, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Vgl. dazu Hueck, a.a.O., S. 3 und S. 14; Palandt-Gramm, Vorb. zu § 793 Anm. 1
6) Martini, Immobilienzertifikate, S. 33 - über schlichte Legitimationspapiere Ulmer, a.a.O., S. 95; Hildebrandt, Wertpapiere, S. 20 und S. 164. Mit den Wertpapieren haben sie einen Teil der Legitimationswirkung gemeinsam. Sie kommen in Betracht, wenn der Aussteller ein beschränkt umlauffähiges Papier ausstellen will und sich die Nachprüfung des Gläubigers erleichtern will; vgl. Julius v. Gierke, Das Recht der Wertpapiere, S. 32

Das schlichte Legitimationspapier ist im Gesetz nicht geregelt, kommt im Rechtsleben jedoch häufig vor,[1] denn es unterliegt völlig der Gestaltungsfreiheit der Parteien.[2] Es setzt voraus, daß sich der Aussteller durch die Leistung an den Inhaber befreien kann und die Legitimationsfunktion nur zugunsten des Schuldners (hier des Treuhandkommanditisten) wirkt.[3][4]

Im Gegensatz zu den qualifiziertenLegitimationspapieren,[5] ist es kein Vorlegungspapier.[6]

Die Übertragung der Immobilienzertifikate richtet sich demnach - wie bei allen Legitimationspapieren - nach den allgemeinen bürgerlich rechtlichen Grundsätzen über die Forderungsabtretung (§§ 413, 398 BGB).[7]

Mit dem Abtretungsvertrag vollzieht sich gemäß § 952 BGB von selbst der Eigentumserwerb an der Zertifikaturkunde.[8]

---

1) Z.B. Garderobenmarken, Gepäckscheine, Reparaturscheine; vgl. Larenz, a.a.O., § 6o VII c, S. 357
2) Hildebrandt, a.a.O., S. 161
3) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 215, S. 86o; - Tritt die Präsentationsklausel, d.h. die ausdrückliche Erklärung nur gegen Vorlage des Papieres leisten zu wollen, nicht deutlich hervor, entsteht nur ein schlichtes Legitimationspapier; Julius v. Gierke, a.a.O., S. 33
4) Die Benennung des Gläubigers in der Urkunde - § 1 RWI Fonds und Mannheimer Fonds - ist bei den Legitimationspapieren nicht begriffsnotwendig; vgl. Larenz, a.a.O., § 6o VII b,S. 356
5) Auch hinkende Namenspapiere oder hinkende Inhaberpapiere bezeichnet; vgl. Locher, Das Recht der Wertpapiere, S. 57; Ulmer, a.a.O., S. 96; Staudinger-Kober-Müller, § 8o8 Anm. 2
6) Ulmer, a.a.O., S. 95 - qualifizierte Legitimationspapiere sind zugleich Ausweis- und Vorlegungspapiere. Die Jahresausschüttung geht an die im Zertifikatbuch Eingetragenen. Einen Umschreibungsantrag kann der berechtigte Gläubiger auch ohne Anteilschein stellen.
7) Enneccerus-Lehmann, a.a.O., S. 861; Staudinger-Kober-Müller, § 8o8 Anm. 7 für qualifizierte Legitimationspapiere; Raiser, ZHK 1o1, S. 39
8) Das Recht am Papier (Eigentum) folgt (als Zubehör) dem Recht aus dem Papier. Julius v. Gierke, a.a.O., S. 33; Enneccerus-Lehmann, a.a.O.; Kuhn, in BGB-RGRK, § 8o8 Anm. 3; Raiser, a.a.O., S. 4o

cc) Bedeutung der Eintragung ins Zertifikatregister

Nach den AVB gelten nur die im Zertifikatbuch Eingetragenen den Treuhandkommanditisten gegenüber als aus den Anteilscheinen berechtigt.[1]

Nur den dort Eingetragenen wird der Jahresertrag ausgeschüttet.[2] Der Erwerber eines Anteilscheines muß das Zertifikat an den Treuhänder zum Zwecke der Umschreibung[3] einsenden, um in den Genuß seiner Rechte zu kommen.[4] Es fragt sich daher, ob der Eintragung ins Zertifikatbuch neben der Abtretung der Rechte konstitutive Wirkung beizumessen ist.

Dem Zertifikatbuch vergleichbar ist das Aktienbuch bei den Namensaktien (§§ 67, 68 AktG) und das Anteilsbuch (Namensbuch) bei den Wertpapierinvestmentfonds.[5] Für das Aktienbuch wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß der Eintragung keine materielle Bedeutung zukommt und daß sich der Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft außerhalb und unabhängig vom Aktienbuch vollzieht.[6] Ebenso wird der Eintragung ins Namensbuch der Wertpapierfonds nur deklara-

---

1) § 1 letzter Absatz AVB
2) § 5 Dr. Görtmüller KG; § 6 RWI Fonds; § 8 Mannheimer Fonds.
3) Bei der Umschreibung fällt eine geringfügige Gebühr an; § 6 Dr. Görtmüller KG und Mannheimer Fonds; § 7 RWI Fonds.
4) In den AVB - § 6 Dr. Görtmüller KG; § 7 RWI Fonds; § 9 Mannheimer Fonds - heißt es, daß die Übertragung sämtlicherRechte erst mit der Eintragung ins Zertifikatregister wirksam wird.
5) Gemäß § 17 Abs. 1 KAGG können Anteilscheine auf den Inhaber oder auf den Namen lauten. Im letzten Falle gelten die §§ 67, 68 AktG (vormals §§ 61, 62 AktG) entsprechend; s. Siara-Tormann, Komm. z. KAGG, § 17 Anm. I
6) So die herrschende Legitimationstheorie; Baumbach-Hueck, § 67 Anm. 9; Godin-Wilhelmi, § 67 RGZ 79, 162 (163); 86, 154 (157); 123, 28o (282); HRR 1933 Nr. 45; a.A. Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 66 GmbHG (für GmbH-Anteile) und die frühere Ansicht des Reichsgerichts (z.B. RGZ 41, 17) die davon ausgehen, daß originärer Erwerb durch übereinstimmende Willenserklärungen zw. Aktiengesellschaft und Erwerber vorliegt.

torische Wirkung zugesprochen.[1] In beiden Fällen heilt die Eintragung auch keinen Mangel bei der Übertragung. Sie macht weder einen zu Unrecht Eingetragenen zum Berechtigten, noch ersetzt sie eine fehlende oder rechtsunwirksame Übertragungserklärung.[2] Das Buch hat lediglich zugunsten der jeweiligen Gesellschaft Legitimationswirkung. Der dort Eingetragene kann die entsprechenden Rechte geltend machen[3] und die Gesellschaft kann an ihn mit befreiender Wirkung leisten. Die gleichen Wirkungen sind auch bei dem Zertifikatregister gegeben. Nur die dort Eingetragenen sind dem Treuhandkommanditisten gegenüber zur Geltendmachung der Rechte aus der schuldrechtlichen Beteiligung befugt.[4] Durch die Leistung an einen eingetragenen Nichtberechtigten wird der Treuhänder frei. Dem Zertifikatregister kommt ebensowenig wie dem Aktien- oder Namensbuch materielle Bedeutung zu,[5] es dient lediglich dem Schutz des Treuhänders.

Für die Übertragung der Rechte auf Dritte ist die Eintragung ins Zertifikatbuch demnach kein konstitutives Element.[6]

---

1) Klenk, Die rechtliche Behandlung des Investmentanteils, S. 7o
2) Vgl. dazu Baumbach-Hueck, a.a.O., Anm. 9; RGZ 86, 16o (161); 123, 28o (282)
3) Vgl. Ulmer, AcP 141, S. 246; RGZ, a.a.O.
4) Voraussetzung ist allerdings eine wirksame Eintragung; vgl. die gleiche Problematik beim Aktien- bzw. Namensbuch bei Fischer in Groß-Komm. AktG, § 62 Anm. 22; Klenk, a.a.O., S. 73
5) Gemeint ist die Bedeutung für die Abtretung der Rechte aus dem Anteilschein einschließlich der Rechte aus dem Treuhandverhältnis.
6) Die materielle Gleichartigkeit des Zertifikatregisters mit dem Aktienbuch erlaubt eine entsprechende Anwendung der für das Aktienbuch aufgestellten Grundsätze; z.B. über die Möglichkeit, die Eintragung zu erzwingen - vgl. dazu Godin-Wilhelmi, § 68 Anm. 15; Fischer in Groß-Komm. AktG, § 62 Anm. 7; - oder über die Berichtigung von Eintragungen - vgl. dazu Fischer, a.a.O., § 62 Anm. 19 ff.

b) Rückgaberecht des Anteilsinhabers

aa) Funktion des Rückgaberechts

Über die Rücknahme der Anteilscheine enthalten nur die AVB des RWI Fonds nähere Bestimmungen (§ 8 AVB).[1)]

Eine bestehende Rücknahmeverpflichtung der Fonds Gesellschaft befreit die Zertifikatinhaber von der Suche nach einem Käufer für ihre Anteile.[2)] Das Rückgaberecht hat weiter die Funktion, eine selbständige Kursbildung der Zertifikate mit der unerwünschten Möglichkeit eines spekulativen Ausschlages zu vermeiden und den Anteilscheinen einen festen Wert zu verleihen.[3)] Besteht nämlich für die Zertifikatinhaber das Recht, ihre Anteilscheine jederzeit über den Treuhandkommanditisten an die Fonds Gesellschaft zurückzugeben, fehlt der Anreiz zur Bildung eines selbständigen Marktes, der den Kurs nach den Gesetzen von Angebot und Nachfrage bestimmen würde.

bb) Rücknahmeverpflichtung der Fonds Gesellschaft

Bevor auf die Rückgabe der RWI Anteilscheine eingegangen wird, soll geprüft werden, ob eine Rücknahmeverpflichtung auch bei den Fonds besteht, die in ihren AVB keine entsprechenden Bestimmungen aufgenommen haben. Anspruchsgrundlage könnten nur die subsidiär geltenden §§ 675, 667 BGB sein. Nach diesen Vorschriften ist der Geschäftsführer verpflichtet, alles was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.

---

1) Auch bei dem übrigen hier nicht zu untersuchenden geschlossenen Immobilienfonds fehlt es i.d.R. an einer vereinbarten Rücknahmeverpflichtung. Eine Ausnahme macht auch der DII Fonds K 46.

2) Nach den AVB der übrigen Fonds (vgl. z.B. § 6 Abs. 3 Dr. Görtmüller KG) sind die Treuhandkommanditisten nur bereit, bei der Veräußerung und Vermittlung beratend mitzuwirken. Der Erfolg dieser Vermittlungsfunktion hängt davon ab, ob es den Banken gelingen wird, einen funktionsfähigen Markt für Immobilienzertifikate aufzubauen.

3) Vgl. dazu Caemmerer, JZ 1958, S. 41 (43 und 47); Reuter, Investmentfonds, S. 131

Ein Bruchteil am Gesellschafteranteil kann weder herausgegeben werden, noch kann den Anteilsberechtigten eine bruchteilsmäßige Gesellschafterstellung eingeräumt werden. Der Kommanditanteil ist ein einheitliches und unteilbares Recht,[1] so daß eine Aufteilung der Kommanditeinlage in mehrere selbständige Gesellschaftsrechte ausscheidet.

Die Rückgabe der Anteilscheine könnte nur die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages nach sich ziehen. Ob der Treuhandkommanditist dazu verpflichtet ist, erscheint fraglich. Das Eigenkapital der Fonds Gesellschaft wird ausschließlich von den Anlegern aufgebracht. Der Treuhandkommanditist ist aber bereits Gesellschafter der KG, wenn er die Anteilszeichner schuldrechtlich beteiligt. Als handelsrechtlich eingetragener Gesellschafter refinanziert er durch die Ausgabe der Zertifikate seine Kommanditeinlage.[2] Bei dieser Refinanzierung handelt er im eigenen Namen und eigenen Interesse.[3] Seine Geschäftsbesorgungstätigkeit beginnt erst anschließend mit der treuhänderischen Verwaltung des Kommanditanteils.[4]

Bei der Rücknahme eines Anteilscheines gelten die für die Einräumung des Anteilsrechts aufgestellten Überlegungen entsprechend.

---

1) Wiedemann, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 274 ff.; Weipert, RGR-Komm z. HGB, § 1o9 Anm. 7; Schlegelberger-Geßler, § 1o9 Anm. 9 ff.
2) Er erhält sein bereits eingezahltes Geld von den Anlegern zurück, die im übrigen das Geld aufbringen, um seine Einlage entsprechend dem Ges-Vertrag zu erhöhen (vgl. § 5 Abs. 1 der Ges-Verträge).
3) Die Einräumung der schuldrechtlichen Beteiligung steht in einer do ut des Beziehung. Der Kommanditist handelt dabei nicht für andere, sondern ausschließlich für sich.
4) Der Treuhand-Kommanditist wird von den Anlegern nicht beauftragt, einen Kommanditanteil für sie zu erwerben, er soll ihnen nur eine schuldrechtliche Beteiligung einräumen.

Der Treuhandkommanditist würde dabei in eigener Rechtszuständigkeit und im eigenen Interesse handeln. Er würde ausschließlich für sich tätig werden, mit dem Ergebnis, daß er selbst am Gewinn und Verlust der Fonds Gesellschaft bruchteilsmäßig beteiligt wäre. Er würde dabei keine fremden Geschäfte mehr besorgen[1] (als Geschäftsbesorger), sondern lediglich seine eigenen, so daß sich aus den §§ 675, 667 BGB keine Rücknahmeverpflichtung herleiten läßt.[2]

Dieses Ergebnis wird auch durch folgende Überlegung erhärtet. Der Treuhänder müßte den Preis für das zurückgenommene Zertifikat aus seinem eigenen Vermögen aufbringen. Ein Rückgriff auf das Fonds Vermögen ist ihm weder nach den Gesellschaftsverträgen noch den AVB gestattet.[3] Die Übernahme von Beteiligungen durch den Treuhandkommanditisten widerspricht im übrigen der Stellung eines Treuhänders und der wirtschaftlichen Konzeption der Immobilienfonds, nach der die Anteilszeichner allein berechtigt und verpflichtet sein sollen.

Will ein Anteilsinhaber sein Rechtsverhältnis mit dem Treuhandkommanditisten auflösen, muß er sich selbst einen Käufer suchen,[4] ähnlich dem Inhaber eines GmbH- oder Kommanditanteils. Das ist ein Ausfluß des closed-end Prinzips, das prinzipiell kein Rückgaberecht an den Fonds gewährt.[5][6] Der Zertifikatinhaber, der

---

1) Das Geschäftsbesorgungsverhältnis bezieht sich nur auf das Halten und Verwalten des Kommanditanteils.
2) Vgl. Reichel, BB 1965, S. 1118; Bergmann, Das Wertpapier S. 835
3) Wechsler, Immobilienfonds, S. 52, irrt, wenn er von einem Rückgaberecht an die Fonds Gesellschaft ausgeht. Das beruht darauf, daß er die Zertifikatinhaber als Kommanditisten ansieht, denen die Rechte aus §§ 1161 Abs. 2, 132 HGB zustehen sollen.
4) Möglicherweise nützt ihm dabei die Vermittlungsbereitschaft der Treuhandbanken; s. § 6 Abs. 3 Dr. Görtmüller KG, Mannheimer Fonds.
5) Caemmerer, JZ 1958, S. 41 (43); Reuter, Investmentfonds, S. 35/36; Meyer-Cording, ZHK Bd. 115, 1952 S. 65 (69/7o).
6) Die Anzahl der ausgegebenen Zertifikate bleibt bei diesen Fonds bis zur Auflösung der Fonds Gesellschaft konstant; vgl. § 1 Abs. 2 Dr. Görtmüller KG; § 1 Mannheimer Fonds.

sein investiertes Geld liquidieren will, ist auf einen freihändigen Verkauf seines Anteils angewiesen.

cc) Vertraglich vereinbartes Rückgaberecht

Gemäß § 8 AVB des RWI Fonds, steht jedem Anteilsinhaber das Recht zu, sein Zertifikat über den Treuhandkommanditisten an die Fonds Gesellschaft zurückzugeben.[1] Macht ein Zertifikatinhaber davon Gebrauch, so bringt er damit zum Ausdruck, daß er aus dem Fonds ausscheiden will. Gleichzeitig liegt darin eine Kündigung des Anlagevertrages.

Mit der Auszahlung des Anteilswertes erlöschen die Rechte aus dem Zertifikat einschließlich der Rechte aus dem Treuhandverhältnis.[2] Um bei einer Häufung von Rückzahlungsbegehren der Rücknahmeverpflichtung nachkommen zu können, enthält § 8 AVB einen Passus, wonach Vermögenswerte des Fonds veräußert werden können. Gegen das Verwertungsverfahren sind Einwendungen der Anteilsberechtigten ausgeschlossen (§ 8 Abs. 3 AVB).

§ 8 AVB stellt weiterhin klar, daß weder die Fonds Gesellschaft noch der Treuhandkommanditist verpflichtet ist, die erforderlichen Mittel zur Erfüllung des Auszahlungsbegehrens aus ihrem Vermögen vorzuschießen. Zum anderen wird damit ausgedrückt, daß die Fonds Gesellschaft und der Treuhandkommanditist nur mit den zum Fonds gehörenden Grundstücken für die Erfüllung eines gegen sie gerichteten Rückzahlungsverlangen haften.[3]

---

1) Der Treuhänder erhält dafür eine Gebühr von 2 % das Rücknahmepreises (§ 8 Abs. 3 AVB).
2) Erwirbt der Treuhänder den Anteil mit seinem eigenen Vermögen - nach den AVB ist er dazu nicht verpflichtet - bleiben die Rechte bestehen. Von dieser Möglichkeit wird er dann Gebrauch machen, wenn er der Überzeugung ist, den Anteil in nächster Zeit weiter übertragen zu können.
3) Erfüllt der Treuhänder einen Rückzahlungsanspruch freiwillig aus Eigenmitteln, steht ihm das Recht zu, Fondsvermögen zu veräußern, um für seine Aufwendungen Ersatz zu verlangen.

Die Rückzahlung von Fondsvermögen verändert auch die Höhe der Kommanditeinlage. Die Herabsetzung der Einlage führt jedoch nicht zu einer persönlichen Haftung des Treuhandkommanditisten (vgl. dazu § 174 HGB). § 5 Gesellschafts-Vertrag sieht insofern eine unterschiedliche Höhe von Haft- und Gesellschaftseinlage vor.[1] Gesellschaftsvertraglich ist weiterhin festgelegt, daß die Gesellschaftseinlage bis auf den Betrag der Hafteinlage, der i.d.R. 5 bis 1o % der Gesellschaftseinlage beträgt, herabgesetzt werden kann.[2]

Erst wenn dieser Bereich, z.B. durch Auflösung der Gesellschaft erreicht wird, haftet der Treuhandkommanditist persönlich (s. §§ 174, 161 Abs. 2, 159 HGB).

Für die Zertifikatinhaber ergibt sich der Haftungsausschluß aus der Stellung als Treugeber,[3] die nur im Innenverhältnis beteiligt sind und mit den Gesellschaftsgläubigern in keine rechtliche Beziehung treten.

Dem ausscheidenden Zertifikatinhaber wird der Anteilswert erst nach Eingang des Verwertungserlöses ausgezahlt.[4] Die Veräße-

---

1) Die Hafteinlage betrifft nur das Außenverhältnis, §§ 171 ff.; die Gesellschaftseinlage, auch Pflichteinlage genannt, bezieht sich auf das Innenverhältnis. Die Festsetzung einer unterschiedlichen Höhe ist zulässig, vgl. Sudhoff, S. 2o ff. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 4

2) § 5 Ges-Vertrag sieht eine Hafteinlage zwischen 1oo.ooo und 1.ooo.ooo DM vor; die Gesellschaftseinlagen betrugen dagegen bisher zwischen 3.ooo.ooo und 12.ooo.ooo DM.

3) Fischer in Großkomm. HGB, § 1o5 Anm. 1o; Wolff, Der Treuhänder Kommanditist, S. 61 m.w.Nachw.

4) Vor der Veräußerung von Grundbesitz ist der Sachverständigenausschuß zu hören; damit sollen auch die Interessen der übrigen Anteilsberechtigten gewahrt werden. s. § 8 Abs. 2 AVB.

rung von Grundbesitz[1] mit der nachfolgenden Auszahlung des Anteilswertes verringert den Wert des Fondsvermögens. Gleichzeitig verringert sich auch die Zahl der Beteiligten. Für die übrigen Zertifikatinhaber bleibt der Wert ihrer Beteiligung konstant, wenn der veräußerte Teil des Fondsvermögens genau dem Rückzahlungsbegehren entspricht und der veräußerte Anteil prozentual den Preis erbringt, der dem vom Sachverständigenausschuß bewerteten Gesamtvermögen entspricht.[2] Verlangen z.B. 1o % der Beteiligten die Auszahlung ihres Anteilswertes und lassen sich genau 1o % des Fondsvermögens zu einem der bisherigen Bewertung entsprechenden Preis veräußern, ändert sich der Zertifikatwert der übrigen Beteiligten nicht. Weichen die erzielten Verkaufserlöse jedoch von den vorherigen Wertschätzungen des Sachverständigenausschusses ab, ändert sich auch der Anteilswert der übrigen Beteiligten, weil das Restvermögen neu zu bewerten ist.[3]

Das alles ist jedoch letztlich eine Frage der Bewertung des Fondsvermögens.[4] Da es für die Anteile weder einen Börsenkurs gibt,[5] noch die Vermögenswerte der natürlichen Wertbestimmung von Ange-

---

1) Bei mehreren selbständigen Grundstücken könnten einzelne davon veräußert werden, sonst könnte Miteigentum oder Wohnungseigentum eingeräumt werden.
2) Über die Verwertung von Restgeldern enthalten die AVB keine Bestimmungen. Für offene Immobilienfonds bestimmt § 32 KAGG, daß die Mindestliquidität (5 %) aus Barguthaben oder lombardfähigen Wertpapieren bestehen muß. Für geschlossene Fonds dürfte das auch die geeignete Anlageform sein.
3) Es dürfte sich dabei jedoch um geringfügige Abweichungen handeln, weil Grund und Boden im allgemeinen keinen großen Wertschwankungen unterliegt.
4) § 4 AVB RWI Fonds sieht jährlich mindestens eine einmalige Bewertung des Grundvermögens durch den Sachverständigenausschuß vor.
5) Die Zulassung der Zertifikate zum geregelten Freiverkehr an der Börse, würde wegen des engen Marktes zu erheblichen Kursschwankungen führen und den Papieren einen spekulativen Einschlag verleihen, der bei Immobilienfonds gerade vermieden werden soll.

bot und Nachfrage unterliegen,[1] bleibt nur die Möglichkeit, die Objekte durch unabhängige Fachleute nach objektiven Grundsätzen bewerten zu lassen.[2] Daß die erzielten Erlöse nicht unbedingt mit den vorherigen Bewertungen übereinstimmen müssen, liegt in dem Institut der Bewertung selbst, da der Grundstückskaufpreis nicht nur vom Verkehrswert, sondern auch von Angebot und Nachfrage abhängig ist.

Bei Einräumung eines Rückgaberechts erhöht zwar die Fungibilität der Immobilienzertifikate, bringt aber gleichzeitig einen gewissen Unsicherheitsfaktor mit sich, bedingt durch die Bewertung des Restvermögens. Andererseits macht die Rücknahmeverpflichtung die Anteile auch für diejenigen Anleger interessant, die eine Kapitalanlage in einem Immobilienfonds nicht unbedingt als langfristige Daueranlage ansehen.

3. Weitere Rechte der Zertifikatinhaber

a) Gewinnausschüttung

Die Anteilszeichner wünschen mit dem Erwerb eines Immobilienzertifikats nicht nur eine sichere Kapitalanlage, sondern sie erwarten auch einen jährlich anfallenden Gewinn. Die bei den Immobilienfonds erzielten Einnahmen fließen allein dem Treuhandkommanditisten zu,[3] der sie nach den AVB an die Anteilsinhaber weiterleitet.[4] Als Geschäftsbesorger ist er nach den §§ 675, 667 BGB verpflichtet, alles was er im Rahmen der Geschäftsbe-

---

1) Der freihändige Verkauf bleibt den Anteilsinhabern uneingeschränkt vorbehalten (§ 7 AVB RWI Fonds).
2) Mit der Rücknahmeverpflichtung tritt bei den Immobilienfonds das Problem der Bewertung der Zertifikate auf. Die Bewertung durch objektive Sachverständige - die für offene Fonds jetzt auch gesetzlich vorgesehen ist (§ 29 KAGG) - scheint die zweckentsprechendste Lösung zu sein.
3) Vgl. Ges-Verträge, § 11 Dr. Görtmüller KG; § 1o RWI Fonds und Mannheimer Fonds.
4) Die Jahresausschüttung steht den am 31.12. im Zertifikatregister eingetragenen Anteilsberechtigten zu und wird zum 3o.4. des Folgejahres ausgezahlt; vgl. AVB, § 5 Dr. Görtmüller KG; § 6 RWI Fonds, § 8 Mannheimer Fonds.

sorgung erlangt, herauszugeben. Die AVB modifizieren jedoch die gesetzlichen Bestimmungen.[1] Die Ausschüttung umfaßt danach den Jahresertrag, abzüglich der Treuhandgebühr, der festen jährlichen Vergütung der persönlich haftenden Gesellschafter[2] und eines Rücklagepostens.[3] Über die Höhe und Berechnung des Rücklagepostens enthalten die Gesellschafts-Verträge und AVB keine Angaben. Da die geschlossenen Fonds keine neuen Objekte hinzuerwerben, dürfen Rücklagen nur für die Instandhaltungskosten gebildet werden.[4] Ausgleichsbeträge für die Wertminderung der Immobilien durch Abnutzungen werden bei geschlossenen Fonds nicht einbehalten.[5] Die Rücklagenbildung, die für die Höhe der ausschüttungsfreien Beträge mitbestimmend ist, wird von der Gesellschafterversammlung ohne Einwirkungsmöglichkeiten der Zertifikatinhaber beschlossen.[6] Die Fonds Gesellschaft kann dadurch die jährliche Ausschüttung in gewissem Umfang beeinflussen. Neben den Jahreserträgen können die Fonds-Gesellschaften auch Erlöse aus der Veräußerung von Grundbesitz eines Fonds erzielen.[7] Schütten sie diese Beträge aus, so handelt es sich nicht um eine zusätzliche Gewinnauszahlung, sondern bereits um eine Verteilung der Substanz.

---

1) § 667 BGB ist dispositiver Art und kann vertraglich abgeändert werden; s. Palandt-Gramm, § 667 Anm. 4; Denecke in BGB-RGRK, § 667 Anm. 1
2) Vgl. § 6 der Ges-Verträge.
3) Vgl. Ges-Verträge, § 11 Dr. Görtmüller KG; § 1o RWI Fonds und Mannheimer Fonds.
4) Für offene Fonds ist das gesetzlich vorgeschrieben, vgl. § 3o Abs. 1 KAGG.
5) Bei offenen Fonds ist das erforderlich; vgl. § 3o Abs. 2 KAGG.
6) Vgl. Ges-Verträge, § 11 bzw. 1o; - Die Begrenzung der Jahresausschüttung durch Rücklagenbildung ist zulässig. Solange die Rücklagen nicht bestimmungsgemäß verwendet werden, müssen die Gelder im Interesse der Zertifikatinhaber angelegt werden; § 32 KAGG dürfte entsprechend zu berücksichtigen sein. Vgl. FN 2 S. 73. Soweit das Geld für Instandsetzungskosten nicht benötigt wird, verschiebt die Rücklagenbildung den Ausschüttungszeitpunkt, d.h. der Fälligkeitstermin verändert sich.
7) Beim RWI Fonds kann die Veräußerung von Grundbesitz im Rahmen einer Rückgabeverpflichtung dazu führen, daß der erzielte Verwertungserlös höher als der Auszahlungsanspruch ist.

b) Auskunftserteilung und Rechnungslegung

Der Treuhandkommanditist ist als Geschäftsbesorger nach den §§ 675, 666 BGB grundsätzlich verpflichtet, den Anteilsinhabern die erforderlichen Nachrichten zu geben, Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen.[1] Die Verpflichtung zur Rechnungslegung folgt dabei ganz allgemein aus einer Rechenschaftspflicht.[2]

Ob es sich dabei um eine teilbare oder unteilbare Leistung handelt, mit der Folge, daß entweder jeder Anteilsinhaber Rechenschaft fordern kann, oder gemäß § 432 BGB die Leistung nur an alle gefordert werden kann, ist umstritten.[3]

Ohne auf die Frage der Teilbarkeit der Leistung einzugehen, hat das Reichsgericht entschieden, daß nach Treu und Glauben jeder Gläubiger eine Ausfertigung der Abrechnung und Vorlage der Belege verlangen kann.[4] Das ergibt sich auch aus § 432 BGB, wenn auch nicht aus seinem Wortlaut, so doch seinem Sinn nach.

Auch hier kann gesagt werden, daß sich der Treuhänder nicht auf die Bestimmung des § 432 BGB berufen kann. Er würde damit im besonderen Maße gegen Treu und Glauben verstoßen, da eine gemeinsame Berechtigung der Anteilsinhaber der Gesamtkonzeption der Immobilienfonds widerspricht. Jeder Zertifikatinhaber hat danach eigene Rechte, die er auch allein geltend machen kann.[5]

Für den Umfang der Auskunftspflicht und Rechnungslegung enthalten die AVB spezielle Angaben.[6] Der Treuhandkommanditist ist danach verpflichtet, den Anteilsinhabern an Hand der für

---

1) Gesellschaftsrechtliche Kontrollrechte stehen den Zertifikatinhabern nicht zu.
2) Vgl. z.B. Staudinger-Werner, § 259 Anm. 9; Erman-Sirp, §§ 259 ff. Anm. 3 a; Nastelski, in BGB-RGRK, § 259 Anm. 6
3) Für teilbare Leistung; Soergel-Siebert-Mühl, § 666 Anm. 8; a.A. Staudinger-Nipperdey, § 666 Anm. 22; Denecke in BGB-RGRK, § 666 Anm. 3; vgl. auch unter B III 2 b.
4) RGZ, Deutsches Recht 1941, S. 2191
5) Vgl. im einzelnen über die Frage der Teilbarkeit der Leistung unter B III 2 b.
6) Der Umfang der Rechenschaftspflicht ergibt sich nach den gesetzlichen Vorschriften aus § 259 BGB.

die Fondsobjekte gelegten Rechnungen und des von der Fonds Gesellschaft erstellten Jahresberichts einen Rechenschaftsbericht zu erstatten.[1] Der Bericht enthält u.a. Angaben über die Bewertung der Fondsobjekte, die Jahresausschüttung und die festgelegte Abschreibungsquote. In den AVB heißt es dann weiter, der Rechenschaftsbericht enthält die wesentlichen Vorgänge der Fonds Gesellschaft. Im Interesse der Anteilsberechtigten, die nur dann ausreichend geschützt sind, wenn ihnen der Rechenschaftsbericht einen echten Überblick über die Tätigkeit der Immobilienfonds gibt, ist dieser Passus zu ihren Gunsten weit auszulegen. D.h., im Zweifel handelt es sich um wesentliche Vorgänge in der Fonds Gesellschaft, die in den Rechenschaftsbericht aufzunehmen sind, Im Rechenschaftsbericht sollten daher stets Angaben über die Höhe der Rücklagen, der Treuhandgebühr und der festen Vergütung der persönlich haftenden Gesellschafter enthalten sein.

Gegen die Gültigkeit der vertraglich vereinbarten Rechnungslegung bestehen keine Bedenken, denn die gesetzlich vorgesehene Auskunfts- und Rechenschaftspflicht (§§ 675, 666 BGB) kann ebenso abgeändert werden, wie der Umfang der Rechenschaftspflicht (§§ 259 BGB); beide Vorschriften sind dispositiver Natur.[2]

Unabhängig von dem bisher erörterten Anspruch auf Rechnungslegung gibt es noch einen weiteren Anspruch auf Rechnungslegung, und zwar in den Fällen einer zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung des Treuhandkommanditisten. Dieser Anspruch, der aus § 242 BGB hergeleitet wird und sich als Nebenwirkung des Anlagevertrages ergibt, wird in den AVB nicht angesprochen. Er steht den Zertifikatinhabern in der von der Rechtsprechung herausge-

---

1) AVB § 4 Dr. Görtmüller KG; § 5 RWI Fonds; § 7 Mannheimer Fonds,
2) Staudinger-Nipperdey, § 666 Anm. 1 b; Soergel-Siebert - Mühl, § 666 Anm. 7 und 3; Denecke, in BGB-RGRK, § 666 Anm. 3

arbeiteten Form zu.[1]

c) Ablegung des Offenbarungseides

Ist der Rechenschaftsbericht unvollständig oder fehlerhaft oder besteht Grund zur Annahme, daß die Rechnung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden ist, fragt es sich, ob vom Treuhänder die Leistung des Offenbarungseides verlangt werden kann (§§ 675, 666, 259 BGB). Die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides (§ 259 Abs. 2 BGB) ist zwar ein Ausfluß der Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung, sie tritt aber als selbständige Verpflichtung neben die Rechnungslegung.[2]

Dem könnten die AVB entgegenstehen, nach denen der Treuhänder den Anteilsberechtigten nur für die Einhaltung der ihm nach den AVB und dem Gesellschafts-Vertrag obliegenden Verpflichtungen haftet. Weitergehende Ansprüche - so heißt es in den AVB - können nicht erhoben werden.[3] Für den Treuhänder ist die Verpflichtung zur Ablegung des Offenbarungseides nur insoweit relevant, als sie nicht durch die AVB ausgeschlossen ist.

Gegen die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung in den AVB bestehen keine Bedenken. Es liegt weder ein Verstoß gegen § 134 BGB oder § 138 BGB vor, noch würde die Berufung auf die Klausel eine unzulässige Rechtsausübung darstellen (§ 242 BGB).[4]

---

1) Die Rechtsprechung hat die Verpflichtung zur Rechnungslegung auf solche Fälle ausgedehnt, in denen der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, der Verpflichtete hingegen in der Lage ist, solche Auskunft unschwer zu erteilen; s. z.B. RGZ 1o8, 1 (7); 158, 377 (379); BGHZ in NJW 1957, S. 1o26; BGHZ 1o, 385 (386/387)
2) Staudinger-Werner, § 259 Anm. 17
3) Vgl. AVB- Schlußbestimmungen
4) Vgl. dazu im einzelnen v. Nottbeck, Grenzen der Freizeichnung, S. 52; Soergel-Siebert-Heinrich-Lange, Vorb. zu § 145 Anm. 97-99; Erman-Hefermehl, Vorb. 5 zu § 145; Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 5 b.

Die AVB enthalten die wesentlichen Verpflichtungen des Treuhänders, die er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu erfüllen hat,[1] so daß der Ausschluß weitergehender Ansprüche eine zulässige Einschränkung im Rahmen der Vertragsfreiheit ist. Es besteht jedoch im geltenden Recht der allgemeine Grundsatz, daß dem Schuldner die Haftung wegen Vorsatz nicht im voraus erlassen werden kann. (§ 276 Abs. 2 BGB).[2]

Eine zu weit gefaßte Klausel ist aber nicht unzulässig, sondern gilt insoweit, wie die Haftungseinschränkung gesetzlich zulässig ist.[3]

Der Offenbarungseid kann daher vom Treuhänder nur dann verlangt werden, wenn er vorsätzlich einen falschen oder unvollständigen Rechenschaftsbericht gefertigt hat. Im übrigen schließen die AVB diesen weitergehenden Anspruch aus.

Die Leistung des Offenbarungseides kann bei vorsätzlichem Handeln von jedem Zertifikatinhaber ebenso verlangt werden, wie die Erstattung des Rechenschaftsberichts.

d) Verlust der Zertifikaturkunde

Geht dem Berechtigten derAnteilschein verloren, erhebt sich die Frage, ob er ohne jede weitere Förmlichkeit die Ausstellung eines neuen Zertifikats verlangen kann, oder ob ein Aufgebotsverfahren durchzuführen ist. Hinsichtlich des Aufgebotsverfahrens

---

1) § 3 Dr. Görtmüller KG und RWI Fonds; § 4 Mannheimer Fonds; s. dazu auch S. 29 FN 2
2) Ist der Schuldner eine jur. Person (Treuhandbanken) gilt das Verschulden des Vorstandes und der leitenden Angestellten als eigenes Verschulden; s. Westermann, JuS 1961, S. 333 (335); Soergel-Siebert-Schultze=v.Lasaulx, § 31 Anm. 4 und 7; v. Nottbeck, a.a.O., S. 5o und 56; RGZ 157, 228 (232)
3) v. Nottbeck, a.a.O., S. 132; Raiser, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 32o (323); Staudinger-Coing, Vorb. zu § 145 Anm. 24

für Legitimationspapiere[1] schweigt das Gesetz. Die h.M. zieht daraus den Schluß (Umkehrschluß), daß es nicht möglich ist, den gesetzlichen Katalog der amortisierbarenPapiere[2] zu erweitern. Sie hält ein Aufgebotsverfahren für unzulässig.[3]

Zum Teil wird jedoch die Meinung vertreten, ein Analogieschluß dürfte richtiger sein und unbefriedigende Ergebnisse vermeiden.[4]

Ohne generell auf den Meinungsstreit einzugehen, kann gesagt werden, daß bei Immobilienzertifikaten kein förmliches Aufgebotsverfahren durchzuführen ist. Das ergibt folgende Überlegung: Der Verlust des Anteilscheines berührt den Bestand des Rechts nicht und der Anteilsberechtigte kann als Gläubiger weiterhin die Leistung verlangen.[5] Auch der Treuhänder ist als Schuldner voll geschützt. Für ihn ist die Eintragung im Zertifikatregister maßgebend.[6] Selbst wenn sich ein Anteilsinhaber unberechtigt ein weiteres Zertifikat ausstellen läßt und seine Rechte unter Vorlage der Urkunde nacheinander an E 1 und E 2 abtritt, kann der Treuhandkommanditist keinen Schaden erleiden. Gläubiger wird nur E 1, dem die Forderung abgetreten wird. E 2 kann dagegen nicht Berechtigter werden, weil es keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen gibt.[7] Der Übergabe der Zertifikaturkunde kommt als Legitimationspapier keine Bedeutung für die materielle Berechtigung zu. Stellt E 2 vor E 1 jedoch den Umschreibungsantrag, wird

---

1) Die Immobilienzertifikate sind schlichte Legitimationspapiere s. unter B IV 2 a bb
2) Amortisierbarkeit = Aufgebotsfähigkeit des Papieres.
3) Raiser, ZHK 1o1, S. 47/48; Hildebrandt; Wertpapierrecht, S. 266
4) Hildebrandt, a.a.O., soweit nicht Klein- oder Alltagswerte betroffen sind; s. auch Ulmer, Wertpapiere, S. 99/1oo; v. Gierke, Recht der Wertpapiere, S. 35
5) Larenz, Schuldrecht II § 6o VII b, S. 356; Jakobi, Die Wertpapiere, S. 237; Ulmer, a.a.O., S. 96
6) AVB § 1 letzter Absatz; vgl. auch unter B IV 2 b cc
7) Vgl. z.B. Palandt-Danckelmann, § 4o5 Anm. 1

der Treuhandkommanditist durch Leistung an E 2 frei. Der Einsender des Anteilscheins gilt ihm gegenüber zur Stellung des Umschreibungsantrags als berechtigt.[1] Weist E 1 später seine Berechtigung dem Treuhandkommanditisten nach, kann er als wirklicher Gläubiger von diesem Zeitpunkt an alle Rechte geltend machen. Die Ausschüttungen an E 2 sind ihm gegenüber jedoch wirksam, denn gemäß § 1 letzter Absatz AVB gelten dem Treuhandkommanditisten und der Fonds Gesellschaft gegenüber nur die im Zertifikatregister Eingetragenen als aus den Anteilscheinen berechtigt. Die AVB muß E 1 als rechtsgeschäftlicher Nachfolger auch gegen sich gelten lassen, weil er sich mit dem Erwerb der Beteiligung den AVB unterwirft.[2]

Das Aufgebotsverfahren beim Verlust einer Zertifikaturkunde zu verlangen, ist unverhältnismäßig[3] und nach materiellem Recht unbegründet.[4]

4. Pfändung der Anteilsrechte

Bei den Immobilienzertifikaten handelt es sich um schlichte Legitimationspapiere.[5] Für die Pfändung der Anteilsrechte ist daher ganz allgemein davon auszugehen, daß nicht die §§ 8o8 ff. ZPO zum Zuge kommen,[6] sondern die Vorschriften über die Zwangs-

---

1) Vgl. § 6 Abs. 4 Satz 3 Dr. Görtmüller KG; § 7 Abs. 2 Satz 4 RWI Fonds; § 9 Abs. 2 Satz 4 Mannheimer Fonds.
2) Die AVB sind i.d.R. auf der Rückseite der Zertifikate abgedruckt.
3) Das Aufgebotsverfahren ist sehr umständlich und kostspielig; vgl. Palandt-Gramm, § 799 Anm. 2; Raiser ZHK 1o1, S. 51
4) Mit den Immobilienzertifikaten verhält es sich wie mit den GmbH-Anteilscheinen. Für die Gesellschaft gilt als Mitglied wer bei ihr angemeldet ist, nicht der Inhaber des Scheins; vgl. dazu Raiser, a.a.O., S. 52
5) Vgl. unter B IV 2 a bb
6) §§ 8o8 ff. ZPO gelten für die Pfändung von Inhaberpapieren, vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, I zu § 8o8; Baumbach-Lauterbach, 1 B zu § 8o8

vollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte Anwendung finden.[1)2)]

Für Geldforderungen gilt § 829 ZPO; die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte erfolgt nach § 857 ZPO.

Den Anteilsinhabern stehen gegen den Treuhandkommanditisten Rechte aus dem Anlagevertrag und dem Treuhandverhältnis zu.[3)] Um Geldforderungen, die auf eine Leistung einer bestimmten Wertgröße in Geld gerichtet sind,[4)] handelt es sich bei diesen Ansprüchen nicht. Ausgangsvorschrift ist somit § 857 ZPO, der die gesamte Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen regelt, soweit nicht körperliche Sachen, Geldforderungen oder Ansprüche auf Herausgabe von Sachen betroffen sind.[5)] § 857 ZPO eröffnet der Zwangsvollstreckung damit ein weites Feld, wird aber von vornherein auf Vermögensrechte beschränkt.[6)]

Bei den Ansprüchen der Zertifikatinhaber gegen den Treuhandkommanditisten handelt es sich um vermögenswerte Rechte, denn der Treuhänder hält und verwaltet für die Anteilsinhaber eine

---

1) Die Pfändung von Legitimationspapieren erfolgt nach den Grundsätzen der Forderungspfändung §§ 828 ff. ZPO; s. Raiser ZHK 1o1, S. 44; Hildebrandt, Wertpapierrecht, S. 248; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, § 191 I 1 S. 1ooo
2) Wechsler, Immobilienfonds, S. 52 räumt den Privatgläubigern das Kündigungsrecht gemäß § 135 HGB ein. Das ist unzutreffend, denn die Anteilsinhaber sind keine Gesellschafter der Fonds Gesellschaft.
3) Es sind die Ansprüche aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis, § 675 BGB und den AVB.
4) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Vorb. I 1 zu § 8o3; Rosenberg, a.a.O., § 188,S. 99o
5) Vgl. Baumbach-Lauterbach, 1 zu § 857; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, I und II 8 zu §. 857
6) Wieczorek, A II zu § 857; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, I 2 zu § 857

Kommanditbeteiligung.[1]

Die Vermögensrechte müssen weiterhin pfändbar sein. Ansprüche auf Dienstleistungen und Ausführungen von Aufträgen sind im Zweifel nicht übertragbar (§§ 613, Satz 2, 664 Abs. 2 BGB) und damit unpfändbar.[2] Gemäß § 851 ZPO ist eine Forderung nur insoweit der Pfändung unterworfen, als sie übertragbar ist. § 664 Abs. 2 BGB findet auf eine entgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) keine Anwendung und § 613 Satz 2 BGB ist nur eine Auslegungsregel, wie die Worte "im Zweifel" ergeben.[3] Nach den AVB sind die Anteilsrechte uneingeschränkt übertragbar.[4] Aus der vertraglich vereinbarten generellen Übertragbarkeit der Rechte[5] ergibt sich hier auch die Pfändbarkeit der Anteile.[6] Die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit von Rechten stehen in einer gegenseitigen Wechselwirkung,[7] so daß Forderungen regelmäßig pfändbar sind, wenn sie übertragbar sind.[8]

Die Durchführung der Vollstreckung richtet sich über § 857 ZPO

---

1) Für ein Vermögensrecht ist es nicht erforderlich, daß es durch Verwertung sofort in Geld umsetzbar ist und unmittelbar der Befriedigung des Gläubigers dient. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, a.a.O.
2) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, II 1 zu § 851; Wieczorek, C III a 3 u. 4 zu § 851; Erman-Küchenhoff; § 613 Bem. 3 a
3) Staudinger-Coing, § 133 Anm. 65; Staudinger-Nipperdey, § 613 Anm. 14; Denecke, in BGB-RGRK, § 664 Anm. 2
4) § 6 Dr. Görtmüller KG; § 7 RWI Fonds; § 9 Mannheimer Fonds.
5) Auch bei Ansprüchen aus einem Treuhandverhältnis kann die Übertragbarkeit vereinbart werden; Liebich, Treuhand und Treuhänder, S. 112/113
6) Die Fonds wenden sich an einen anonymen Anlegerkreis und es entsteht durch die Beteiligung an einem Immobilienfonds kein von der persönlichen Kenntnis der Parteien getragenes Vertrauensverhältnis. Die ratio legis des § 613 S. 2 BGB wird somit nicht tangiert.
7) Baumbach-Lauterbach, 1 zu § 851
8) Wieczorek, C zu § 851; aus § 851 ZPO folgt jedoch nicht, daß jede abtretbare Forderung auch pfändbar ist; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, I 1 a zu § 829; Rosenberg, a.a.O., § 192 I 2, S. 1o12

nach den §§ 829 ff. ZPO. An den Zertifikatinhaber ergeht als Vollstreckungsschuldner das Verfügungsverbot, an den Treuhänder das Leistungsverbot (§ 829 Abs. 1 und 2 ZPO). Er ist Drittschuldner,[1] weil er die Jahresüberschüsse ausschüttet und das Zertifikatregister führt.[2] Mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an ihn wird die Pfändung wirksam (§ 829 Abs. 3 ZPO).[3]

Die Verwertung eines gepfändeten Rechts erfolgt i.d.R. über § 835 ZPO nach Wahl des Gläubigers durch Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungs Statt. Für die Anteilsrechte scheidet die Überweisung an Zahlungs Statt aus. Sie ist nur bei Geldforderungen, die einen bestimmten festgelegten Nennwert haben, zulässig.[4]

Die Überweisung zur Einziehung kann erfolgen, wenn die Rechte auch von einem anderen als dem Schuldner ausgeübt werden können.[5] Sie verleiht dem Gläubiger die Befugnis, vom Drittschuldner die Leistung zu verlangen und alle die Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die dem Zweck dienen, den Leistungserfolg herbeizuführen.[6] Ein Recht, den gepfändeten Anteil zu veräußern, gewährt die Überwei-

---

1) § 829 ZPO hat den Sinn, demjenigen ein Leistungsverbot aufzuerlegen, der die geschuldete Leistung an den Vollstreckungsschuldner bewirken kann. Wer Drittschuldner ist, bestimmt somit das materielle Recht; vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, I 2 zu § 829; Baumbach-Lauterbach, D b zu § 829

2) Vgl. dazu unter B IV 2 a cc

3) Der Pfändungsbeschluß müßte dahingehend lauten, daß die Rechte aus dem Anteilschein einschließlich der Rechte aus dem Treuhandverhältnis gepfändet werden.

4) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, VIII 1 zu § 835; Baumbach-Lauterbach, 7 A zu § 835; Wieczorek, DIII a 3 zu § 839

5) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, V 1 zu § 857; Baumbach-Lauterbach, 4 A zu § 857

6) Rosenberg, a.a.O., § 193 III 1 b, S. 1027; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, IV u. V zu § 835; Baumbach-Lauterbach, 3 zu § 835

sung zur Einziehung nicht.[1] Der Gläubiger eines Anteilsberechtigten kann demnach nur die jährliche Ausschüttung verlangen. Er kann den gepfändeten Anteil weder übertragen, noch von der Fonds Gesellschaft die Auszahlung des Anteilswertes verlangen.[2][3]

Das Hauptanliegen des Gläubigers dürfte jedoch in der Veräußerung des gepfändeten Anteils bestehen. Ist die Verwertung durch Einziehung nicht möglich, so kann das Vollstreckungsgericht eine andere Art der Verwertung anordnen (§ 844 ZPO).[4] In Betracht kommt eine öffentliche Versteigerung,[5] ein freihändiger Verkauf oder eine Überweisung zum Schätzwert auf einen Dritten.[6] Wird der Immobilienfondsanteil dem Gläubiger überwiesen, kann er alle Rechte des ehemaligen Zertifikatinhabers geltend machen, insbesondere kann er die Anteilsrechte auf Dritte übertragen.

Die Rechtspfändung erfaßt ohne weiteres auch die über das Recht ausgestellten Urkunden.[7] Gemäß § 836 Abs. 3 ZPO ist der Schuldner verpflichtet, die Zertifikaturkunde herauszugeben. Kommt er

---

1) Vgl. auch Wieczorek, F zu § 835; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, V 1 zu § 857
2) Die AVB enthalten zur Klarstellung auch die Bestimmung, daß bei jeder Art von Gläubigerzugriff lediglich ein Wechsel des Berechtigten stattfindet, vgl. § 6 Abs. 2 Dr. Görtmüller KG; § 7 Abs. 2 RWI Fonds.
3) Ein Rückgaberecht steht ihm ebensowenig zu, wie dem Vollstreckungsschuldner; er kann höchstens die Rechte seines Schuldners geltend machen; vgl. dazu Wieczorek, F III b zu § 835; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, VII zu § 835, V 1 zu § 857
4) Baumbach-Lauterbach, 4 c zu § 857; Hildebrandt, Wertpapierrecht, S. 245; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, V 2 zu § 857
5) Versteigert würde dann das Recht aus dem Anteilschein einschließlich des Treuhandverhältnisses werden.
6) Der Dritte kann auch der Gläubiger sein, vgl. Wieczorek, B IV I a 1, 2, 3 zu § 844
7) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, IV 3 c zu § 829; Hildebrandt, Wertpapierrecht, S. 242 - das ist ein Ausfluß des Zubehörgedankens des § 952 BGB.

dieser Verpflichtung nicht nach, steht dem Gläubiger die Hilfspfändung gemäß § 836 Abs. 3 Satz 2 ZPO zu.[1)]

V) Rechtliche Stellung der Zertifikatinhaber bei Einwirkungen Dritter auf das Treugut

Gegen pflichtwidrige Verfügungen des Treuhandkommanditisten sind die Zertifikatinhaber aus dem Anlagevertrag geschützt. Nach den AVB haftet ihnen der Treuhänder für die Einhaltung der ihm nach den AVB und dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Verpflichtungen.[2)] Verletzt er schuldhaft diese vertraglichen Verpflichtungen,[3)] ist er den Anteilsinhabern schadensersatzpflichtig, in der Regel aus positiver Forderungsverletzung. Dieser Schutz ist aber unvollkommen. Es soll daher untersucht werden, ob dem obligatorischen Treuhandvertrag Außenwirkung zukommt, d.h., ob die Zertifikatinhaber auch einen Schutz gegen dritte Personen genießen und wie stark dieser Schutz ist.

1. Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Komplementäre

Gesellschaftsgläubiger können sich, entsprechend der handelsrechtlichen Konstruktion einer Kommanditgesellschaft, an das Gesellschaftsvermögen und an das Privatvermögen der Komplementäre halten. Inwieweit sich die Komplementäre vor Zugriffen auf ihr Privatvermögen schützen können, soll nicht Gegenstand der Untersuchung sein.

---

1) Ob die Pfändung der Zertifikaturkunde auch nach § 808 ZPO mit nachfolgender Rechtspfändung erfolgen kann, ist strittig; ablehnend Wieczorek, B I a zu § 821; Raiser, ZHK 1o1, S. 45; a.A. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, I 3 zu § 821

2) § 8 Abs. 3 Dr. Görtmüller KG; § 1o Abs. 2 RWI Fonds; § 12 Mannheimer Fonds.

3) Der Treuhänder haftet bei der Verletzung von Vertragspflichten für jedes Verschulden. Eine diesbezügliche Haftungseinschränkung ist nicht vorgesehen.

Im folgenden soll vielmehr geprüft werden, ob private Gläubiger der Komplementäre ins Gesellschaftsvermögen vollstrecken können. Gemäß § 124 HGB kann in das Gesellschaftsvermögen nur wegen einer Gesellschaftsforderung vollstreckt werden. Ein Privatgläubiger kann nur den Gesellschafteranteil oder das Auseinandersetzungsguthaben pfänden lassen (§ 725 BGB, § 859 ZPO, § 1o5 Abs. 2 HGB oder § 135 HGB). Die Komplementäre, die keine Einlage einbringen können, besitzen somit auch keinen Gesellschafteranteil und keinen Auseinandersetzungsanspruch der gepfändet werden könnte. Vollstreckungsmaßnahmen gegen sie würden daher leerlaufen.

Die Gesellschaftsverträge der Immobilienfonds sehen darüber hinaus vor, daß die Gesellschaftsversammlung den Ausschluß der Komplementäre beschließen kann. Beim RWI Fonds bestimmt § 11 Gesellschaftsvertrag ausdrücklich, daß im Konkurs und Vollstrekkungsfall die Gesellschaft unter Ausschluß der Auseinandersetzung weitergeführt werden soll. Ebenso ist § 13 Gesellschaftsvertrag bei der Dr. Görtmüller KG gefaßt, danach scheiden die Komplementäre in den Fällen des § 131 Ziffer 4, 5 und 6 HGB sowie § 135 HGB mit sofortiger Wirkung ohne Auflösung der Gesellschaft aus.

Gemäß § 11 Gesellschaftsvertrag des Mannheimer Fonds ist ein Ausschluß der Komplementäre aus wichtigem Grunde möglich. Ohne daß es im Gesellschaftsvertrag näher ausgeführt wird, kann die Konkurseröffnung und der Vollstreckungsfall nach § 135 HGB als wichtiger Grund angesehen werden, der zum Ausschluß berechtigt.

Die Zertifikatinhaber sind somit vor privaten Gläubigern der Komplementäre ausreichend geschützt.

2. Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Treuhandkommanditisten

Auch hier soll geprüft werden, ob private Gläubiger des Treuhandkommanditisten in den Gesellschafteranteil vollstrecken können. Wenn auch dieser Möglichkeit bei renommierten Großbanken

praktisch keine große Bedeutung beizumessen ist, so bedarf doch die Frage einer grundsätzlichen Untersuchung, da der Treuhandkommanditist keineswegs bei allen Immobilienfonds eine Großbank ist.[1] Die herrschende Rechtsprechung[2] und überwiegende Meinung in der Literatur[3] gewährt bei einem fiduziarischen Treuhandverhältnis dem Treugeber im Konkurs des Treuhänders ein Aussonderungsrecht und im Vollstreckungsfall die Drittwiderspruchsklage. Nach h.M. soll das jedoch nur dann gelten, wenn das Treugut unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers dem Treuhänder zugeflossen ist (Unmittelbarkeitsprinzip).[4] Diese Voraussetzung ist, wie schon ausgeführt,[5] bei den Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaften nicht gegeben.[6] Insofern gehört das Fondsvermögen im Konkursfalle des Treuhandkommanditisten zur Konkursmasse, bei Vollstreckungsmaßnahmen[7] ist kein Widerspruchsrecht gegeben. Als Begründung für die Ablehnung der quasidinglichen Wirkung beim Fehlen der unmittelbaren Vermögensübertragung wird folgendes angeführt. Der Treuhandbegriff würde völlig ins Unbestimmte zerfließen, eine gefährliche Ausdehnung der fiducia würde eintreten, damit der Rest an Publizität im Rechtsverkehr verschwinden und die Kreditsicherheit würde eine erhebliche Einbuße erleiden, auch würde die Gefahr größerer Rechtsunsicherheit drohen.[8]

---

1) Lipfert, Handelsblatt v. 24. April 1968 Nr. 8o, S. 15
2) RGZ 84, 125, 128; 91, 12, 14; 94, 3o5, 3o7; 153, 369; BGH NJW 1959, S. 1224
3) Mentzel-Kuhn, Anm. 1o zu § 43 KO; Siebert, Treuhandverhältnis, S. 16o ff.; Jaeger, Anm. 41 zu § 43 KO; Radke, Unmittelbarkeitsproblem bei der fiduziarischen Treuhand, S. 6o
4) Vgl. z.B. RGZ 133, 87 ff.; 94, 214, 217; und FN 3 S. 88
5) Vgl. unter B II 1 b - Art des Treuhandverhältnisses
6) Auch bei dem anderen geschlossenen Immobilienfondstyp fehlt es an der unmittelbaren Vermögensübertragung, so daß § 43 KO und § 771 ZPO auch bei der Bruchteilstreuhandgemeinschaft nach h.M. nicht zum Zuge kommt. Bei den offenen Immobilienfonds gelten gesetzliche Sonderregelungen, vgl. FN 3, S. 7
7) Es kann der Gesellschafteranteil oder der Auseinandersetzungsanspruch gepfändet werden. Vgl. Wieczorek, § 859 ZPO, zur Verwertung des Gesellschafteranteils ist ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluß hinsichtlich des Auseinandersetzungsanspruchs sowie Kündigung nötig. (§ 135 HGB)
8) Vgl. anstatt vieler RGZ 84, 214 ff. (217); Siebert, a.a.O., S. 195; Reinhardt-Erlinghagen, JuS 1962, S. 47

Vom Grundsatz der Unmittelbarkeit hat die h.M. nur Ausnahmen beim Anderkonto und bei sonstigen Treuhandkonten mit dem Hinweis auf die Offenkundigkeit des Treuhandverhältnisses zugelassen.[1] Der Publizitätsgrundsatz soll dann auch keine Einbuße mehr erleiden.[2]

In der neueren Literatur wird z.T. die Ansicht vertreten, das Unmittelbarkeitsprinzip könne in seiner starren Form nicht aufrecht erhalten werden. Eine weitere Ausnahme sei zumindest dann zu machen, wenn der Treuhänder das Treugut mit Mitteln erwirbt, die ihm vom Treugeber dazu treuhänderisch übergeben worden sind.[3] Surrogate vom Treugut sollen wiederum zum Treugut werden.

Z.T. wird auch auf die Billigkeit verwiesen und betont, es habe eine zweckentsprechende Abwägung der schutzwürdigen Interessen stattzufinden, um zu einem gerechten und angemessenen Ergebnis zu kommen.[4]

Der Gesetzgeber hat im KAGG bei den Wertpapierfonds[5] und in der Ergänzungsnovelle zum KAGG[6] auch bei den offenen Immobilienfonds zum Schutz der Anleger auf das Unmittelbarkeitsprinzip ver-

---

1) BGH in NJW 1954, 19o; Opitz, ZfK 1954, S. 513; Huber, Rechtsstellung des Treugebers, S. 418; BGH in NJW 1959, 1225; Palandt-Hoche, Vorb. 7 D in § 929
2) Reinhardt-Erlinghagen, a.a.O., S. 49; Opitz, a.a.O.
3) Assfalg, Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders, § 167 ff.; Kötz, Trust und Treuhand, § 136; Enneccerus-Lehmann, § 148 II, S. 92o; Huber, a.a.O., S. 418/419; Palandt-Hoche, Vorb. 7 D zu § 929
4) Weigel, Immobiliengesellschaften, S. 157 FN 2; Palandt-Hoche, a.a.O.; die Interessenlage spricht für die Treugeber, zu deren wirtschaftlichem Vermögen das Treugut gehört; vgl. auch Assfalg, NJW 1963, S. 1582 ff.
5) Vgl. dazu Reuter, Investmentfonds, S. 1o1
6) BGBl I 1969, S. 986

zichtet. Bei diesen Fonds sind die Anleger im Konkurs- und Vollstreckungsfall geschützt.[1)]

Ohne gesetzliche Bestimmungen kann die quasidingliche Stellung der Anteilsinhaber nicht weiter ausgedehnt werden. Das von der h.M. - beim Vorliegen des Unmittelbarkeitsprinzips - dem Treugeber im Konkurs des Treuhänders zugestandene Aussonderungsrecht ist regelwidrig und trotz vieler dogmatischer Erklärungsversuche nur das Ergebnis einer Interessenabwägung. Als regelwidrige Ausnahme ist dieser Grundsatz eng auszulegen und nicht auf Gegenstände auszudehnen, die der Treuhänder im eigenen Namen von Dritten erworben hat oder die ihm bereits selbst gehörten und die er dann schuldrechtlich dem Treugeber zugeordnet hat.[2)] Der Grund für die einschränkende Auslegung ist u.a. darin zu sehen, den Aussonderungsgedanken nicht zu verwässern und ihm die klare Abgrenzung zu erhalten. Es würde sich auch ein unlösbarer Widerspruch zu § 392 Abs. 2 HGB ergeben, der dem Kommittenden zwar die Aussonderung der ausstehenden Forderungen gewährt, aber nicht die Aussonderung des vom Kommissionär angeschaffenen Gutes gestattet.[3)] Die Anteilsinhaber genießen bei den geschlossenen Immobilienfonds im Konkurs- und Vollstreckungsfall keinen Schutz. Um sie mit den Anlegern bei den Wertpapierfonds und den offenen Immobilienfonds gleichzustellen, müßte der Gesetzgeber eingreifen und eine entsprechende Regelung für diese Fonds erlassen.

3. Unterlaubte Handlungen Dritter

Unerlaubte Handlungen Dritter können im wesentlichen nur im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Treuhandkommanditisten vorkommen.

---

1) Vgl. für den Konkursfall § 12 Abs. 3 S. 2 KAGG; für den Vollstreckungsfall § 11 Abs. 8 Ziffer 2 KAGG.
2) Jaeger-Lent, § 43 Anm. 41; vgl. auch Mentzel-Kuhn, § 43 Anm. 21; RGZ 84, 214 (216); 127, 341 (344); 133, 84 (87).
3) Jaeger-Lent, a.a.O.; vgl. auch Mentzel-Kuhn, § 43 Anm. 22

Einwirkungen auf die Kommanditeinlage - z.B. unbefugte Übertragung an Dritte, Belastungen und anderes mehr - sind dabei nicht möglich. Aus der personenrechtlichen Natur der Mitgliedschaft folgt generell die Unübertragbarkeit des Kommanditanteils, es sei denn, vertraglich ist etwas anderes vereinbart worden.[1] Nach den AVB der Fonds kann das Treuhandverhältnis gekündigt werden.[2] Für diesen Fall sieht der korrespondierende Gesellschaftsvertrag das Ausscheiden des Treuhandkommanditisten unter Ausschluß der Auseinandersetzung vor. Die Rechte und Pflichten des Kommanditisten gehen im Wege der Sonderrechtsnachfolge dann auf einen neuen Treuhänder über.[3] Unerlaubte Handlungen Dritter können daher nur in Bezug auf die eingezahlten Beträge oder die vorgesehene Ausschüttung in Betracht kommen.

Eine Schutzvorschrift gegen Einwirkungen außenstehender Personen auf das Treugut[4] könnte § 823 Abs. 1 BGB sein, vorausgesetzt, daß Forderungen - hier aus dem Anlagevertrag - ein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sind.[5] Nach überwiegend h.M. gehören Forderungen nicht zu den sonstigen Rechten im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Sie stellen nur eine relative Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner dar und können daher nicht von Außenstehenden verletzt werden.[6]

Als Schutzvorschrift kommt § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 StGB zum Zuge.[7]

---

1) Westermann, Handbuch der Personengesellschaft I, S. 499, Rdz 845
2) § 3 Abs. 3 Dr. Görtmüller KG und RWI Fonds, § 4 Abs. 3 Mannheimer Fonds.
3) Vgl. z.B. § 13 Abs. 2 AVB Dr. Görtmüller KG.
4) Gemeint sind die eingezahlten Beträge, Treugut i.e.S., und die erwirtschafteten Überschüsse, Treugut i.w.S.
5) Vgl. Haemmerle, hier S. 681, mit seiner Lehre von der unbeschränkten Außenwirkung von Forderungen.
6) Vgl. hierzu Siebert, a.a.O., S. 154, der die Lehre von der unbeschränkten Außenwirkung von Forderungen entschieden ablehnt.
7) Vgl. Palandt-Hoche, Vorbemerkung 7 B a zu § 929

Diese Schutzwirkung greift aber, ebenso wie § 826 BGB, für die Zertifikatinhaber erst dann ein, wenn der Dritte vorsätzlich und bewußt pflichtwidrig mit dem Treuhandkommanditisten zusammenwirkt, also praktisch nur bei kollusivem Zusammenwirken.

Fraglich ist, ob neben diesen Fällen, die schon den Bereich des Strafrechts tangieren, aus Billigkeitsgründen ein weitergehender Schutz vor mißbräuchlichen Verfügungen gewährt wird, der insbesondere bei fahrlässiger Unkenntnis des Dritten von mißbräuchlichen Verfügungen des Treuhänders eingreift.

Von der Rechtsprechung ist für das Vertretungsrecht der Satz aufgestellt worden, daß aus Rechtsgeschäften keine Rechte hergeleitet werden können, die ein Vertreter erkennbar unter Mißbrauch seiner Vertretungsmacht vorgenommen hat.[1)]

Die Ähnlichkeit zwischen Vollmachts- und Treuhandmißbrauch läßt die Überlegung zu, ob nicht die im Vertretungsrecht entwickelten Grundsätze auch im Treuhandrecht entsprechend anzuwenden sind.[2)] Von der Rechtsprechung,[3)] unterstützt von einem Teil der Literatur,[4)] wird das zu Recht abgelehnt. Ein Vertreter handelt im fremden Namen und fremden Interesse und verfügt über ein fremdes Recht, ein Treuhänder verfügt über ein eigenes Recht,[5)] und zwar im eigenen Namen, wenn auch fremden Interesse. Dem steht zusätzlich § 137 Abs. 1 BGB entgegen, der ausdrücklich

---

1) BGH NJW 1966, 1911 m.w.Nachw.; RGZ 52, 96; 71, 219; 93, 348; BGH MdR 1964, 592
2) Palandt-Hoche, Vorb. B a zu § 929; Kries, Die Rechtsstellung des Erwerbers bei treuwidrigen Verfügungen eines Treuhänders, S. 93 ff.; Kötz, NJW 1968, 1471
3) BGH Urt. v. 4.4.1968 in NJW 1968, S. 1471
4) Siebert, Treuhandverhältnis, S. 159
5) Gemeint ist ein formal juristisch eigenes Recht.

schuldrechtliche Verfügungsverbote Dritten gegenüber für unwirksam erklärt. Auch mit dem Gebot der Rechtsklarheit ist eine entsprechende Anwendung nicht vereinbar.

C. 3. Teil: Steuerrechtliche Stellung der Zertifikatinhaber beim RWI Fonds, der Dr. Görtmüller KG, dem Mannheimer Fonds

I. Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften[1]

1. Einkünfte der Immobilienfonds

a) Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder Vermietung und Verpachtung

Bei den Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften könnten Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder Vermietung und Verpachtung anfallen. Ausgangspunkt für die Abgrenzung dieser Einkunftsarten ist § 2 Abs. 3 EStG. Bei der Abgrenzung dieser Einkunftsarten geht man von dem Unterschied zwischen gewerblicher Tätigkeit und reiner Vermögensverwaltung aus, die bei der Verwaltung von Grundbesitz besonders zweifelhaft ist.[2]

Das EStG kennt weder den Begriff der Vermögensverwaltung noch definiert es den Gewerbebetrieb. Der Begriff des Gewerbebetriebes und der Vermögensverwaltung ist jedoch für das Einkommensteuerrecht und das Gewerbesteuerrecht gleich.[3] Es kann daher das Gewerbesteuerrecht sowie die gewerbesteuerrechtliche Rechtsprechung zur Klärung der Begriffe mit herangezogen werden.[4] Gemäß § 1 Abs. 1 GewStDV wird eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, als Gewerbebetrieb bezeichnet, wenn die Betätigung

---

1) Unter reinen Kommanditgesellschaften werden hier solche verstanden, bei denen die Komplementäre natürliche Personen sind (Abgrenzung zur GmbH & Co. KG, dem Mannheimer Fonds).
2) Vgl. hierzu Lange, Personengesellschaften, S. 242, Rdn. 477
3) § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG.
4) Vgl. Blümich-Falk, § 15 Anm. 2

weder als Ausübung der Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufes noch als eine andere selbständige Arbeit im Sinne des Einkommensteuerrechts anzusehen ist.

Als Vermögensverwaltung wird hingegen gemäß § 9 GewStDV die Nutzung von Vermögen verstanden, die bei unbeweglichem Vermögen in der Vermietung und Verpachtung liegt. Reine Vermögensverwaltung schließt Einkünfte aus Gewerbebetrieb aus. Fraglich ist nur, unter welchen Voraussetzungen eine Vermögensverwaltung zur gewerblichen Tätigkeit wird, d.h., wann sie zu einer nachhaltigen mit Gewinnerzielungsabsicht unternommenen Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr wird.

aa) Vermögensverwaltung als gewerbliche Tätigkeit

Bei der Dr. Görtmüller KG fehlt es an einer Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr. Dafür ist ein Hervortreten nach außen erforderlich, d.h., der Allgemeinheit müssen Leistungen - gegen Entgelt - angeboten werden, und der Betrieb muß sich ins allgemeine Wirtschaftsleben einschalten.[1] Bei der Dr. Görtmüller KG ist das nicht der Fall, denn sie verpachtet das Gesamtobjekt eines Fonds an die "Neue Heimat" als Generalpächterin, so daß ihre wirtschaftliche Betätigung auf das Rechtsverhältnis zum Pächter beschränkt bleibt.

Anders könnte es sich beim RWI Fonds verhalten, bei dem die Gesellschaft die Mieter und Pächter für die einzelnen Wohnungen bzw. Gewerbeflächen aussucht und die entsprechenden Verträge abschließt. Kündigt einer der Mieter oder Pächter, muß sie einen neuen Interessenten finden. Diese Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr könnte als gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Einkommensteuerrechts angesehen werden.

---

1) Vgl. hierzu Müthling, GewStG § 2 Anm. 3 c; Hermann-Heuer, § 15 Anm. 9

Betrachtet man die neuere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, so kann die Nutzung von Grundvermögen nur in Ausnahmefällen zu einer gewerblichen Tätigkeit werden.[1] Solche Ausnahmen sind gegeben, wenn eine Tätigkeit nach ihrem Gesamtbild über die übliche Vermietertätigkeit hinausgeht, d.h., der Gedanke der Fruchtziehung in den Hintergrund tritt, während die geschäftliche Betätigung im Vordergrund steht. Das soll insbesondere dann gelten, wenn neben der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen Nebenpflichten übernommen werden, die einer gewerblichen Tätigkeit entsprechen[2] und wenn ein häufiger Mieterwechsel stattfindet.

Nebenverpflichtungen der geschilderten Art werden vom RWI Fonds nicht übernommen. Ein häufiger Mieterwechsel dürfte ebenfalls nicht stattfinden, denn die errichteten Gebäude des RWI Fonds dienen überwiegend Wohnzwecken und bei den gewerblich genutzten Räumen wird von der Gesellschaft Wert darauf gelegt, daß möglichst langfristige Miet- bzw. Pachtverträge abgeschlossen werden.[3]

Bei der Größe der Objekte nimmt naturgemäß der Umfang der Verwaltungstätigkeit zu. Der größere Verwaltungsaufwand kann jedoch allein nicht ausschlaggebend sein, denn der Unterschied zwischen den einzelnen Einkunftsarten kann nicht von der Größe und dem Wert der genutzten Objekte abhängig sein.[4] Entscheidend ist immer die Relation zwischen Vermögen und Verwaltungstätigkeit.[5] Diese Relation bleibt beim RWI Fonds gewahrt, denn

---

1) BFH Urt. v. 17.1.1961, BStBl III S. 233; BFH v. 12.3.1964, BStBl. 1964 III, S. 264 = StRK EStG, § 15 R 47o m.Anm.; BFH Urt. v. 18.3.1964 BStBl 1964 III, S. 367 = StRK EStG, § 15 R 473

2) Z.B. Übernahme der Reinigung oder Bewachung der Gebäude, vgl. BFH Urt. v. 12.3.1964, BStBl III, S. 356; zu beachten ist dabei auch die entfaltete Reklametätigkeit.

3) Vgl. Bergmann, Das Wertpapier 1966, S. 835

4) Lenski-Steinberg, Gewerbesteuergesetz, Abschn. 15

5) BFH Urt. v. 12.3.1964, BStBl III, S. 364

die Nutzung der Immobilien durch Vermietung und Verpachtung ist nach Errichtung der Gebäude alleiniger Zweck der Gesellschaft.

Auch beim RWI Fonds steht die Fruchtziehung im Vordergrund, so daß es bei der reinen Vermietertätigkeit bleibt.

bb) Bebauung der Grundstücke als gewerbliche Tätigkeit

Ebensowenig wie die Nutzung der Mietobjekte ist der Erwerb von Grundstücken zum Zwecke der Bebauung und die Errichtung der Gebäude nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs eine gewerbliche Tätigkeit, selbst dann nicht, wenn erhebliches Fremdkapital aufgenommen wird,[1] denn eine Vermögensverwaltung wird auch durch die Aufnahme von Fremdmitteln zu keiner gewerblichen Tätigkeit.[2]

Der Rechtsprechung über die Abgrenzung der gewerblichen Tätigkeit zur Vermögensverwaltung, die auch im Schrifttum ihre Anerkennung gefunden hat,[3] ist zuzustimmen, weil sie zutreffende Abgrenzungskriterien herausgearbeitet hat. Bei der Vermögensverwaltung steht die Fruchtziehung im Vordergrund, die damit zusammenhängende wirtschaftliche Betätigung tritt zurück, selbst wenn sie - bedingt durch die Größe und Objekte - erheblichen Umfang annehmen sollte.

Dieses Ergebnis dürfte auch dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, der die Vermögensanlage in Immobilien und die damit

---

1) Beim RWI Fonds waren es ca. 5o %; bei der Dr. Görtmüller KG z.T. über 6o %.
2) Vgl. BFH, a.a.O., S. 366; der auch betont, daß das Risiko bei zinsbegünstigten Darlehen zur Gebäudeerrichtung verhältnismäßig gering ist.
3) Vogel, StbJb 1964/65, S. 2o5; Lange, Personengesellschaften, S. 242, Rdn. 477; Littmann, DStZ 1962, S. 357 f.

verbundene Bautätigkeit bewußt gefördert hat, bei Großobjekten damit aber keine andere einkommensteuerrechtliche Einordnung gewollt hat.[1)]

b) Einfluß der Rechtsform auf die Einkunftsart

Die Immobilienfonds betreiben die Vermögensverwaltung in der Rechtsform von Kommanditgesellschaften. Beim RWI Fonds und der Dr. Görtmüller KG wurden bisher reine Kommanditgesellschaften gegründet, beim Mannheimer Fonds eine GmbH & Co KG.

Bei reinen Handelsgesellschaften ist die Rechtsform, in der die Vermögensverwaltung betrieben wird, ohne Bedeutung.[2)] Die reinen Kommanditgesellschaften bilden ebenso wie die typischen offenen Handelsgesellschaften keinen Gewerbebetrieb kraft "Rechtsform". Für eine gewerbliche Tätigkeit müssen die Gesellschafter Unternehmer (Mitunternehmer) eines Gewerbebetriebes sein; das sind sie aber nur dann, wenn die Personengesellschaft einen Gewerbebetrieb unterhält.[3)]

Die Eintragung ins Handelsregister begründet nur eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes, die bei Handelsgesellschaften, die sich auf die Errichtung und Verwaltung eigenen Grundbesitzes beschränken, widerlegt ist.[4)]

Bei den Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften fallen somit lediglich Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung an.[5)]

---

1) Vgl. dazu BFH, a.a.O., S. 366
2) Hierzu Hermann-Heuer, § 15 Anm. 6; RFH Urt. v. 14.9.1938, RStBl 1939, S. 5
3) Hermann-Heuer, § 15 Anm. 13 b; Mühling, Gewerbesteuer, § 2 Anm. 1o; BFH Urt. v. 7.1o.196o in StRK EStG, § 21 R 77
4) Grieger, StbJb 1966/67, S. 164 ff.
5) Hermann-Heuer, § 15 Anm. 13 b, EK lfg. 83 Jan. 1969 E 29

2. Einkommensteuer

Die Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften, die neben einer Bilanz eine Gewinn- und Verlustrechnung und eine steuerliche Rechnungslegung (Einnahmen und Ausgabenrechnung) erstellen,[1] sind mit ihren Jahreserträgen und ihrem Vermögen selbst nicht Steuersubjekt, sondern die Erträge und das Vermögen werden den Gesellschaftern zugerechnet, die mit ihren Anteilen steuerpflichtig sind.[2]

Bei diesen Grundstücksfonds wird der gesamte Überschuß und das gesamte Gesellschaftsvermögen den Treuhandkommanditisten zugerechnet,[3] die alleinige Vermögensträger der Kommanditgesellschaft sind.[4] Diese leiten den anfallenden Jahresertrag, soweit er nicht für Rücklagen oder Gesellschaftszwecke benötigt wird, bis auf eine Treuhandgebühr,[5] und die feste Vergütung für die persönlich haftenden Gesellschafter an die Zertifikatinhaber weiter. Steuerrechtlich werden die dem Treuhandkommanditisten über die Bilanzbündeltheorie zugerechneten Vermögenswerte der Kommanditgesellschaft, den Zertifikatinhabern als Treugebern zugerechnet. Gesetzliche Zuordnungsvorschrift ist § 11 Ziffer 3

---

1) Vgl. § 1o der Ges-Verträge.
2) Nach der herrschenden Bilanzbündeltheorie wird eine Personengesellschaft einkommensteuerrechtlich als bloße Zusammenfassung von Einzelbetrieben angesehen, d.h., jeder Gesellschafter wird als Inhaber des gesamten Betriebes der Personengesellschaft beschränkt durch die Rechte der Mitgesellschafter angesehen; s. Hermann-Heuer, § 15 Anm. 27 e; Blümich-Falk, § 15 Anm. 9 b.
3) Gemeint ist auch hier die Zurechnung im Rahmen des gesellschaftsvertraglichen Verhältnisses.
4) Die persönlich haftenden Gesellschafter haben keinen Kapitalanteil; vgl. § 5 Ges-Verträge.
5) Die Gebühr beträgt 1/2 % des Nennbetrages aller Zertifikate, § 3 AVB.

StAnpG. Danach werden Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder für den Treugeber erworben werden, dem Treugeber zugerechnet.[1] In der steuerlichen Beurteilung wird kein Unterschied nach der Herkunft des Treugutgegenstandes gemacht. Treuhandverhältnisse i.e.S. und i.w.S. werden steuerrechtlich gleich behandelt.[2] Die entstandenen Einkünfte werden den Zertifikatinhabern als Treugebern unmittelbar zugeordnet,[3] so daß sie Steuerschuldner der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sind. Ihnen stehen aber auch die bei den Immobilien anfallenden Werbungskosten (insbesondere Gebäude-AfA) anteilig zu.[4]

3. Feststellung der Einnahmen und der Werbungskosten der Zertifikatinhaber

a) Einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte - § 215 AO

Bei den Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften erzielen die Anteilsinhaber Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Verfahrensrechtlich wird die gemeinsame Zurechnung durch die einheitliche und gesonderte Feststellung gemäß § 215 AO gesichert. Die Anteilsinhaber, die als Mitvermieter und Mitverpächter anzusehen sind, müssen in die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung[5] mit einbezogen werden.[6] Das

---

1) Erwirbt die Gesellschaft schon vor der Beteiligung der Anleger die Grundstücke, so hat sie diese den Anteilszeichnern zuzuordnen. Für die steuerliche Beurteilung spielt das keine Rolle, weil § 11 StAnpG nur Beispiele für den Grundgedanken enthält, daß ein anderer als der rechtliche Eigentümer wirtschaftlicher Eigentümer ist; vgl. unter C II 1 b bb.
2) Vgl. § 11 Ziffer 2 und Ziffer 3 StAnpG; vgl. auch Kirsten, Treuhand und Treuhänder im Steuerrecht, S. 32/33; v. Wallis in Hübschmann-Hepp-Spitaler, Lfg. 4o, § 11 StAnpG Anm. 4 e.
3) Kirsten, a.a.O., S. 55
4) Vgl. darüber das Kapitel über die Werbungskosten
5) Bei Vermietungs- und Verpachtungs-Kommanditgesellschaften wäre der Ausdruck Überschußfeststellung zutreffender.
6) Vgl. BFH Urt. v. 4.4.1968 StZBl 1969, S. 119, hinsichtlich Mitunternehmern bei Gewerbebetrieben.

steuerliche Ergebnis wird ihnen dann vom Fonds mitgeteilt.[1)]

Mit den Werbungskosten, die abhängig von der Einkommensart sind verhält es sich entsprechend. Sämtliche im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung anfallenden Werbungskosten werden den Anlegern zugerechnet.

aa) Gemeinsame Werbungskosten

Zu den gemeinsamen Werbungskosten gehören die Aufwendungen, die allen Zertifikatinhabern gemeinschaftlich zugerechnet werden,[2)] insbesondere Absetzung für Abnutzung (AfA), Zinszahlungen, Geldbeschaffungskosten[3)] und Emissionskosten (Agio). Im Gegensatz dazu stehen die persönlich getragenen Werbungskosten, die aus zusätzlichen Aufwendungen resultieren, die einzelnen Anlegern im Zusammenhang mit einer Beteiligung an einem Immobilienfonds erwachsen; z.B. Zinsaufwendungen[4)] oder Reisekosten.

ℒ) Absetzung für Abnutzung

Die Inanspruchnahme der AfA steht abweichend vom bürgerlich rechtlichen Eigentum demjenigen zu, der wirtschaftlich die Abnutzung des Gebäudes zu tragen hat.[5)] Das sind bei den hier ge-

---

1) § 6 AVB, RWI Fonds, § 5 AVB, Dr. Görtmüller KG; diese Vorschriften stimmen mit den steuerlichen Verhältnissen überein.
2) Z.B. Hausversicherungen, Ausgaben für die Hausverwaltung, Müllabfuhr, Straßenreinigungs-, Wasser- und Schornsteinfegergebühren; vgl. dazu im einzelnen Hermann-Heuer, § 21 Anm. 29 a.
3) Sowohl beim RWI Fonds als auch bei der Dr. Görtmüller KG sind i.d.R. mehr als 5o % Fremdkapital aufgenommen worden.
4) Gemeint sind Zinsen für ein Darlehen, das zum Erwerb einer Fondsbeteiligung aufgenommen wurde.
5) Blümich-Falk, § 7 Anm. 3; Hermann-Heuer, § 7 Anm. 7

gebenen Treuhandverhältnissen die Zertifikatinhaber, denen als wirtschaftliche Miteigentümer der Immobilien die AfA zuzurechnen ist.[1)]

Wie jedoch die Abschreibungsbeträge unter mehrere wirtschaftliche Miteigentümer aufzuteilen sind, ist aus dem Wortlaut des Einkommensteuergesetzes nicht erkennbar. In der Regel wird man davon ausgehen können, daß die AfA nach § 7 Abs. 5 EStG[2)] auf die wirtschaftlichen Miteigentümer im Verhältnis ihrer Beteiligungsquote zu verteilen ist, weil die Höhe des Wertverzehres, der mit der AfA abgegolten wird, die Miteigentümer (Zertifikatinhaber) entsprechend ihren Anteilen am Gebäude trifft.[3)]

Der Anteil eines Zertifikatinhabers bemißt sich nach dem Verhältnis des Nennbetrages seines Anteilscheines zu den Nennbeträgen aller Anteilscheine des Gesamtobjektes.[4)] In diesem Verhältnis sind ihm auch die gemeinsamen Werbungskosten - also auch die AfA - zuzurechnen.

Eine von diesem Beteiligungsverhältnis abweichende Zurechnung der AfA kommt nicht in Betracht. Für die erhöhte AfA nach § 7 b EStG[5)] hat die Rechtsprechung eine von den Miteigentumsanteilen abweichende Inanspruchnahme nur aus wirtschaftlich vernünftigen

---

1) Vgl. Lademann-Lenski-Brockhoff, § 7 Anm. 2; vgl. im einzelnen über die Zurechnung der Immobilien und über die wirtschaftliche Betrachtungsweise unter C I 2.
2) Die Immobilienfonds schreiben gemäß § 7 Abs. 5 EStG degressiv ab.
3) Vgl. BFH v. 24.6.1966, BStBl III, S. 58o
4) Vgl. AVB § 1 Abs. 1, S. 2 Dr. Görtmüller KG und RWI Fonds; hat z.B. ein geschlossener Fonds den Mindestzeichnungsbetrag auf 1ooo DM festgelegt und haben sich 25o Anleger beteiligt, so ist jeder Anleger mit einem Zeichnungsbetrag von je 1ooo DM zu 1/25o wirtschaftlich am Fonds beteiligt (5ooo DM = 5/25o).
5) Erhöhte Absetzung für Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser und Eigentumswohnungen.

Gründen zugelassen, die insbesondere dann vorliegen sollen, wenn ein Miteigentümer in einem höheren Verhältnis zur Baufinanzierung beigetragen hat, als es seinem Eigentumsanteil entspricht.[1] Diese Grundsätze lassen sich auch auf die degressive Abschreibung gemäß § 7 Abs. 5 EStG übertragen. Darüberhinaus enthält § 5 Abs.2 AVB der Dr. Görtmüller KG die ausdrückliche Bestimmung, daß die Zertifikatinhaber verpflichtet sind, alles zu unterlassen, was die von der Gesellschaft wahrgenommenen Abschreibungsmöglichkeiten beeinträchtigen könnte.

β) Geldbeschaffungskosten und Agio

Auch die Geldbeschaffungskosten, zu denen u.a. Bereitstellungs-, Schätzungs-[2] und Hypothekenvermittlungsgebühren sowie Kreditprovisionen u.a. mit der Auszahlung eines Darlehens verbundenen Kosten gehören,[3] werden den Zertifikatinhabern anteilig zugerechnet. Es handelt sich dabei um sofort absetzbare Werbungskosten, die in dem Kalenderjahr abzugsfähig sind, in dem sie geleistet worden sind.[4]

Zu den Geldbeschaffungskosten und damit Werbungskosten, gehört auch das Damnum. Es ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Nennwert einer Darlehensschuld und dem vom Gläubiger tatsächlich zur Verfügung gestellten Darlehensbetrag.[5] In der Regel stellt es

---

1) BFH v. 4.6.1966, BStBl III, S. 58o; vgl. auch BFH v. 25.11.1965 BStBl 1966 III, S. 9o, danach können die Gesellschafter einer Personengesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen unterschiedliche Sonderabschreibungen in Anspruch nehmen.
2) Z.B. die Abschätzung der Beleihungsobjekte.
3) Vgl. Hermann-Heuer, § 21, Anm. 29 a; Lademann-Lenski-Brockhoff, § 21 Anm. 9; Blümich-Falk, § 21 Anm. 7 g.
4) Blümich-Falk, a.a.O.; Lademann-Lenski-Brockhoff, a.a.O.; BFH v. 24.4.1959 BStBl III, S. 236
5) Vgl. Blümich-Falk, § 9 Anm. 8 und 5 Anm. 2o unter Disagio; Falkenroth, BB 1963, S. 641

neben der laufenden Verzinsung eine zusätzliche Vergütung für die Kapitalnutzung dar.

Das Damnum könnte bei der Ermittlung der Einkünfte nach dem Überschuß der Einnahmen über die Werbungskosten ebenso wie die anderen Geldbeschaffungskosten zu den sofort absetzbaren Werbungskosten gehören. Es könnte aber auch zu den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten gerechnet werden, die sich insofern von den übrigen Werbungskosten unterscheiden, als sie nicht schon voll im Jahr der Ausgabe, sondern verteilt auf die Jahre der Nutzung abgesetzt werden können.[1)]

Der Große Senat des Bundesfinanzhofes[2)] vertritt in Abweichung zur früheren Rechtsprechung[3)] die Auffassung, daß bei Tilgungsdarlehen das vereinbarungsgemäß einbehaltene Damnum bei der Ermittlung der Einkünfte nach dem Überschuß der Einnahmen über die Werbungskosten[4)] regelmäßig im Zeitpunkt der Kapitalauszahlung beim Schuldner eine Ausgabe im Sinne des § 11 Abs. 2 EStG darstellt.[5)] Dieses Ergebnis - das im Schrifttum Anklang gefunden hat -[6)] ergibt sich nach der Auffassung des Großen Senats aus der Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen über die Einbehaltung des Damnums. Einigen sich die Parteien, daß der Darlehens-

---

1) Blümich-Falk, § 9 Anm. 3, Hermann-Heuer, § 21 Anm. 29
2) Beschluß des Großen Senats des BFH v. 6-12.1965 2/64 S, BStBl III, S. 144 ff.
3) Bei Tilgungsdarlehen war das Damnum früher auf die Laufzeit des Darlehens, entsprechend den Tilgungsbeträgen zu verteilen; vgl. BFH v. 8.11.1963, BStBl 1964 III, S. 31 m.w.Nachw.; BFH v. 24.4.1959, BStBl III, S. 237
4) Die abweichende Behandlung des Damnums bei bilanzierenden Gewerbetreibenden erfordert keine gleiche Behandlung bei anderen Darlehensnehmern; vgl. BFH - GS, a.a.O., S. 146; BFH v. 29.6.1967, StZBl 1968, S. 553 f.
5) Der sofortige Abzug des Damnums als Werbungskosten gilt nicht nur für Tilgungsdarlehen, sondern auch für Abzahlungsdarlehen und Fälligkeitsdarlehen; vgl. Littmann, Das Einkommensteuerrecht, § 9, Anm. 36 a
6) Lademann-Lenski-Brockhoff, § 21 Anm. 9; Hermann-Heuer, § 4 Anm. 62 über Damnum 2 b; Littmann, a.a.O., § 9 Anm. 36 m.w.Nach vgl. auch Vogel, StbJb 1964, 65, S. 199

geber bei der Auszahlung des Darlehens einen bestimmten Betrag als Damnum einbehalten darf, so ist darin nicht nur eine Vereinbarung des Damnums, sondern auch eine Abrede über die Tilgung der Damnumsschuld zu sehen. Beim Darlehensnehmer fließt daher der Damnumsbetrag in dem Zeitpunkt ab, in dem ihm das Darlehenskapital zufließt, so daß er bereits im Jahr der Darlehensgewährung den vollen Betrag des Damnums aufwendet und ihn bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten absetzen kann.

Die Anteilszeichner haben bei der Beteiligung an einem Immobilienfonds auch Emissionskosten (Agio, Aufgeld), die beim RWI Fonds 3 % und bei der Dr. Görtmüller KG 5 % betragen,[1] zu zahlen. Es handelt sich dabei um einen Zuschlag auf den Zertifikatnennbetrag, der für die Werbung und Vermittlung der Anteilscheine erhoben wird. Finanzierungskosten - Geldbeschaffungskosten im weiteren Sinne -[2] sind in den 3 % bzw. 5 % Aufgeld nicht enthalten. Die als Zuschlag entrichteten Beträge gehören daher nicht zu den Geldbeschaffungskosten und können somit auch nicht im Jahr der Ausgabe abgesetzt werden. Die Emissionskosten sind vielmehr zusätzliche Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der Anleger an den errichteten bzw. erworbenen Objekten des Fonds.[3] Der Zuschlag ist daher bei der Berechnung der AfA im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Feststellung der Einkünfte entsprechend

---

1) Die Verpflichtung zur Zahlung der Emissionskosten ergibt sich aus der Zeichnungserklärung.
2) Littmann, a.a.O., § 21 Anm. 56; Blümich-Falk, § 21, Anm. 7 g.
3) Der Begriff Anschaffungskosten ist wirtschaftlich zu bestimmen und umfaßt alle Aufwendungen, die jemand macht, um sich ein Wirtschaftsgut zu beschaffen; vgl. BFH v. 29.6.1967, StZBl 1968, S. 554

mit zu berücksichtigen.[1]

bb) Persönlich getragene Werbungskosten der Zertifikatinhaber

Neben den gemeinsamen Werbungskosten können den Anteilsinhabern im Zusammenhang mit der Beteiligung an einem Immobilienfonds auch zusätzliche persönliche Aufwendungen entstehen, insbesondere Telefonspesen, Porti, Kreditzinsen und Reisekosten.

Zu den Werbungskosten gehören, ganz allgemein gesprochen, alle diejenigen Aufwendungen, die mit einer bestimmten Einkunftsart im Zusammenhang stehen.[2] Aufwendungen, die lediglich zum Erwerb, zur Sicherung oder Erhaltung eines Vermögens gemacht werden, fallen dagegen nicht unter den Werbungskostenbegriff.[3] Die Beteiligung an einem Immobilienfonds erfolgt hauptsächlich, um Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen und ist keinesfalls nur als Vermögensanlage anzusehen.[4] Telefonspesen, Porti und ähnliche Aufwendungen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit den erstrebten Einnahmen stehen, gehören somit zu den sofort absetzbaren Werbungskosten.

Ebenso verhält es sich mit den Zinsaufwendungen und Darlehensauszahlungsgebühren, die ein Anleger für einen Kredit aufbringt, den er für die Beteiligung an einem Immobilienfonds aufgenommen

---

1) Vgl. dazu NWB Eilnachrichten Fach 1, 1966, S. 165/166; vgl. auch BFH, a.a.O., S. 553, über die Behandlung des Agios bei bilanzierenden Kaufleuten - auch dort gehört es zu den Anschaffungskosten. - Auch für Wertpapiere und Geschäftsanteile wird die Meinung vertreten, das Agio gehöre zu den Anschaffungskosten, vgl. Hermann-Heuer, § 9 Anm. 36
2) Blümich-Falk, § 9 Anm. 3; Lademann-Lenski-Brockhoff, § 9 Anm. 3 u. Anm. 8; Hermann-Heuer, § 9 Anm. 4
3) Littmann, Das Einkommensteuerrecht, § 9 Anm. 11; Lademann-Lenski-Brockhoff, § 9 Anm. 6; Hermann-Heuer, a.a.O.
4) Vgl. Littmann, a.a.O., danach kann es nicht zweifelhaft sein, daß sich Aufwendungen zum Erwerb eines Mietobjektes auch auf die Erzielung von Mieteinkünften erstrecken.

hat. Diese Aufwendungen sind Finanzierungs- und damit Geldbeschaffungskosten.

Für einen privaten Bauherrn wurden diese sog. Bazinsen[1] zu den Werbungskosten gerechnet.[2] Bei der Beteiligung an einem Immobilienfonds, die - wie schon betont - eine wirtschaftliche Mitbeteiligung an einer Vermietungs- und Verpachtungs KG ist, kann es sich nicht anders verhalten.

Auch Reisekosten (Fahrt- und Aufenthaltskosten), die ein potentieller Anleger aufwendet, um sich über das Bauobjekt zu informieren oder sich Finanzierungsmittel zu beschaffen, gehören zu den Werbungskosten. Von der Rechtsprechung sind neben den typischen Geldbeschaffungskosten auch Fahrt- und Verpflegungskosten privater Bauherrn als Geldbeschaffungskosten und damit Werbungskosten anerkannt worden,[3] und zwar auch dann, wenn es sich um Aufwendungen handelt, die vor der Erzielung von Einnahmen gemacht worden sind.[4]

Sowohl bei den Reisekosten als auch den Kreditzinsen ist allein der klare wirtschaftliche Zusammenhang bestimmter Ausgaben mit bestimmten in Aussicht genommenen Einkünften entscheidend, der auch durch die Zwischenschaltung eines Treuhänders nicht beein-

---

1) Das sind Schuldzinsen für Kredite, die mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen; s. z.B. Blümich-Falk, § 29 Anm. 7 g
2) Hermann-Heuer, § 9 Anm. 4 a; Lademann-Lenski-Brockhoff, § 21 Anm. 9
3) BFH v. 4.3.1966, StZBl 1966, S. 173o; RFH v. 13.5.1936, RStBl III, S. 851; vgl. auch Hermann-Heuer, § 21 Anm. 29 a; Lademann-Lenski-Brockhoff, § 21 Anm. 9
4) Sog. vorweggenommene Werbungskosten, vgl. Littmann; Das Einkommensteuerrecht, § 9 Anm. 16 ff.; Hermann-Heuer, § 9 Anm. 4 und Anm. 4 a; BFH, a.a.O.

trächtigt wird.[1] Wenn auch die tatsächlichen Beziehungen der jeweiligen Anleger zu dem im Fonds zusammengefaßten Grundbesitz durch die Zwischenschaltung des Treuhänders wesentlich lockerer gestaltet sind als es sonst allgemein der Fall ist, so ist das für den inneren Zusammenhang bestimmter Aufwendungen mit bestimmten Einkünften nicht von Bedeutung.

Aufwendungen, die den Zertifikatinhabern als wirtschaftliche Miteigentümer der Immobilien im Zusammenhang mit der Fondsbeteiligung erwachsen, sind somit Werbungskosten, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Entstehung.

b) Anspruch des einzelnen Zertifikatinhabers auf gesonderte Feststellung seiner persönlich getragenen Werbungskosten

Im folgenden geht es um die Frage, ob zusätzliche persönliche Aufwendungen (Sonderwerbungskosten) einzelner Anleger zwingend in das einheitliche und gesonderte Feststellungsverfahren mit einzubeziehen sind. Einige Anteilsinhaber könnten ein erhebliches Interesse daran haben, Sonderaufwendungen - z.B. Kreditzinsen - der Fonds Gesellschaft gegenüber geheimzuhalten.[2]

Für die steuerliche Behandlung geheimgehaltener Sonderwerbungskosten bieten sich folgende Möglichkeiten an :

1. Sonderwerbungskosten müssen zwingend in der einheitlichen Überschußfeststellung mit enthalten sein.
2. Sonderwerbungskosten können noch im Einkommensteuerveranlagungsverfahren berücksichtigt werden.
3. Sonderwerbungskosten können im Rahmen der einheitlichen Überschußfeststellung durch verschiedene Feststellungsbescheide anerkannt werden.

---

1) Ob die Aufwendungen zum Erwerb der Einnahmen geeignet und erforderlich sind, ist dabei unerheblich; vgl. Blümich-Falk, § 9 Anm. 6; Hermann-Heuer, § 9 Anm. 3; Lademann-Lenski-Brockhoff, § 9 Anm. 1 zu 2

2) Die Anleger könnten bei weiteren Bauvorhaben ausgeschlossen werden, wenn die Gesellschaft erfährt, daß die Einlage aus Kreditmitteln stammt.

Überwiegend wird heute die Auffassung vertreten, die einheitliche und gesonderte Feststellung gemäß § 215 Abs. 2 AO ist eine unabdingbare Verfahrensvoraussetzung für die Einzelveranlagung, wenn an den Einkünften im Sinne des § 215 AO mehrere beteiligt sind.[1] Dementsprechend hat die Rechtsprechung entschieden, daß Sonderaufwendungen bei der Einkommensteuerveranlagung des Steuerpflichtigen nur berücksichtigt werden können, wenn sie schon im einheitlichen Gewinn- bzw. Überschußfeststellungsverfahren abgesetzt worden sind.[2][3] Alle Fragen, die den Gewinn bzw. Überschuß betreffen, gehören danach in das einheitliche Feststellungsverfahren, da eine sachgerechte Entscheidung nur bei Kenntnis der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse möglich ist und nur so unbefriedigende Ergebnisse - insbesondere widersprechende Entscheidungen - vermieden werden können.[4]

Die gegenteilige Ansicht, daß persönliche Aufwendungen auch im Einkommensteuerveranlagungsverfahren - unabhängig von der einheitlichen und gesonderten Feststellung - geltend gemacht werden

---

1) Z.B. BFH Urt. v. 4.4.1968, StZBl 1969, S. 119; BFH Urt. v. 3o.1o.1958, BStBl 1959 III, S. 25o; Becker-Riewald-Koch, § 215 Anm. 3; Kohlrust, FR 1966, S. 314

2) BFH Urt. v. 3o.6.1966,BStBl III, S. 582; BFH Urt. v. 25.8.1961, BStBl III, S. 491; für Sonderbetriebsausgaben.

3) Auch in den ähnlich gelagerten Fällen der geheimgehaltenen Unterbeteiligungen hat der BFH entschieden, daß diese nur dann berücksichtigt werden können, wenn sie dem Finanzamt gegenüber im einheitlichen Gewinnfeststellungsverfahren der Hauptgesellschaft offengelegt worden sind. BFH Urt. v. 4.4.1968, StZBl 1969, S. 119; BFH Urt. v. 3o.1o.1958, BStBl 1959 III, S. 249 f.; vgl. auch Lange, Personengesellschaften, S. 53 RdNr. 87; Schmidt, Die steuerliche Betriebsprüfung 2/197o, S. 31 f.

4) Daß es einem Beteiligten unter Umständen nicht recht ist, wenn seine persönlichen Aufwendungen bekannt werden, gehört - nach der Rechtsprechung des BFH (Urt. v. 3o.6.1968, BStBl III, S. 582) - zu dem Risiko, daß mit der Beteiligung an einer Personengesellschaft eingegangen wird.

können,[1] ist aus den angeführten Gründen abgelehnt worden.[2] Das zuständige Wohnsitzfinanzamt des Steuerpflichtigen ist nicht in der Lage, die Verhältnisse der Fonds Gesellschaft richtig zu beurteilen und kann auch nicht feststellen, inwieweit Sonderaufwendungen schon geltend gemacht worden sind.[3]

Berücksichtigt man diese Rechtsprechung, die in der Literatur z.T. Anklang gefunden hat,[4] so können die Anleger ihre Sonderwerbungskosten nur geltend machen, wenn diese Aufwendungen bereits in der einheitlichen Überschußfeststellung abgesetzt worden sind. Damit würde dann aber auch die Fonds Gesellschaft von den geheimgehaltenen Aufwendungen Kenntnis erlangen.

Die Offenlegung der persönlichen Aufwendungen - durch das Feststellungsverfahren - könnte gegen das Steuergeheimnis verstoßen (§ 22 AO).[5] Eine solche Verletzung liegt jedoch nur dann vor, wenn die Offenbarung unbefugt ist, d.h., keine Rechtfertigungsgründe eingreifen. Als Rechtfertigungsgründe kommen gesetzliche Sondervorschriften, zwingendes öffentliches Interesse und Zustimmung des Berechtigten in Betracht.[6]

---

1) FG Stuttgart, Urt. v. 18.5.1965, EFG 1965, S. 457; Becker-Riewald-Koch, § 215 Anm. 2 Abs. 8; Tipke-Kruse, § 215 AO Anm. 4; vgl. auch Grieger, BB 196o, S. 62o; Esch, NJW 1964, S. 2o47; BFH Urt. v. 15.1.1936, RStBl III, S. 554
2) Vgl. FN 2 S. 108 und Leinhäuser; FR 1966, S. 342; Tipke-Kruse, § 22 AO Anm. 5; Krah, FR 1962, S. 372
3) Persönliche Zinsen könnten z.B. schon im Gesamtaufwand enthalten sein; vgl. auch BFH Urt. v. 3o.6.1966, BStBl III, S. 582
4) Tipke-Kruse, § 22 AO Anm. 5
5) FG Stuttgart, a.a.O.; vgl. auch OFD Koblenz, Verfügung v. 14.11.1959, BB 196o, S. 72; vgl. auch gleichlautender Erlaß der obersten Finanzbehörden der Länder v. 1o.6.1969, BStBl 1969 I, S. 342 hinsichtlich der gleichgelagerten Fälle bei den geheimgehaltenen Unterbeteiligungen.
6) H.M. vgl. z.B. Becker-Riewald-Koch, § 22 AO Anm. 4; Tipke-Kruse, § 22 AO Anm. 11; Spanner in Hübschmann-Hepp-Spitaler, § 22 AO Anm. 36, Barske, NWB Fach 2, S. 843

Die Zustimmung des Berechtigten kann bei geheimgehaltenen Sonderwerbungskosten ausgeschlossen werden.[1] Ebensowenig läßt sich die Befugnis zur Offenbarung aus einem zwingenden öffentlichen Interesse herleiten. Weder die Arbeitserleichterung der Finanzverwaltung noch die Gefahr der fehlerhaften Steuererhebung rechtfertigen die Offenbarung der Sonderaufwendungen.[2] Als Rechtfertigung bleiben demnach nur gesetzliche Sondervorschriften, in unserem Falle § 215 Abs. 2 AO. § 22 AO und § 215 AO sind jedoch gleichrangige Normen, die beide die Besteuerung sichern sollen,[3] so daß keiner generell der Vorzug zu geben ist.[4] Der Konflikt zwischen dem Interesse des Steuerpflichtigen an der Geheimhaltung seiner Sonderausgaben und der Pflicht der Finanzverwaltung, die gemeinsamen Einkünfte gemäß § 215 Abs. 2 AO festzustellen, kann daher nur unter Abwägung der schutzwürdigen Interessen des Betroffenen und der Belange der Allgemeinheit gelöst werden.

§ 215 Abs. 2 AO soll als Zweckmäßigkeitsvorschrift[5] die gleichmäßige Besteuerung sichern und widersprechende Entscheidungen für gleichgelagerte Fälle verhindern.[6] Ferner soll durch

---

1) Der BFH Urt. v. 4.4.1968, a.a.O. geht davon aus, daß eine Verletzung von § 22 AO nicht in Betracht kommen kann, weil ohne Einverständnis des Hauptbeteiligten die Unterbeteiligung nicht bekannt gegeben werden darf. Will der Hauptbeteiligte die Unterbeteiligung nicht offenlegen, muß er auf eine steuerliche Berücksichtigung verzichten. - Mit dieser Überlegung wird aber das Problem nicht gelöst, sondern nur umgangen. - Es geht auch nicht an, daß der Hauptbeteiligte auf die Berücksichtigung der Unterbeteiligung verzichten muß, wenn er glaubt, sie nicht offenlegen zu können; vgl. Tipke-Kruse, § 22 AO Anm. 4

2) Vgl. dazu Kohlrust, DStZ/A 1960, S. 314; Leinhäuser, FR 1966, S. 342

3) Terstegen, DStR 1953, S. 301; Barske, NWB Fach 2, S. 840/843, § 22 AO behindert danach das Finanzamt nicht an der Erfüllung seiner Aufgaben.

4) Leinhäuser, a.a.O.; Kohlrust, a.a.O.

5) Vgl. BFH Urt. v. 30.10.1958, BStBl 1959 III, S. 250

6) Vgl. z.B. Tipke-Kruse, § 215 AO Anm. 1; Spitaler-Paulick, in Hübschmann-Hepp-Spitaler, § 215 AO Anm. 3

§ 215 AO erreicht werden, daß die Besteuerungsgrundlagen nur einheitlich von einem Finanzamt ermittelt und festgestellt werden.

Die Ansicht, daß Sonderwerbungskosten auch noch im Einkommensteuerveranlagungsverfahren geltend gemacht werden können, ist daher mit der h.M. abzulehnen.

Die Festsetzung dieser Aufwendungen im einheitlichen Überschußfeststellungsverfahren birgt hingegen die Gefahr eines Verstoßes gegen das Steuergeheimnis in sich.

Leinhäuser[1] schlägt daher unter Berücksichtigung des aufgezeigten Konfliktes vor, im Rahmen der einheitlichen Feststellung verschiedene Feststellungsbescheide zu erlassen.[2] Er löst damit das Problem, ohne den Rahmen des § 215 Abs. 2 AO zu verlassen und ohne den § 22 AO zu verletzten und zeigt damit einen Weg, den Interessen- und Normenkonflikt sachgerecht und zufriedenstellend zu lösen.[3]

Diese Auffassung, die mit dem Gesetz im Einklang steht und zu weitgehenden gerechten Ergebnissen führt, hat sich jedoch bisher

---

1) Leinhäuser, a.a.O.
2) Für geheimgehaltene Unterbeteiligungen wird z.T. die Auffassung vertreten, daß ein weiteres selbständiges Gewinnfeststellungsverfahren gemäß § 215 Abs. 2 AO durchzuführen sei; Leinhäuser, a.a.O.; Kohlrust, a.a.O.; FG Düsseldorf, Urt. v. 24.11.1960, EFG 1961, S. 306; Tipke-Kruse, § 22 AO Anm. 5; - Für geheimgehaltene Sonderwerbungskosten ist dieses Verfahren nicht möglich.
3) Der Gesetzgeber hat selbst in § 215 Abs. 2 AO den Erlaß eines sog. Ergänzungsbescheides geregelt. Daß im Rahmen des § 215 Abs. 2 AO nur ein Bescheid ergehen darf, ist weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu entnehmen.

nicht durchgesetzt.[1]

4. Die übrigen Steuerarten

a) Vermögensteuer

Die Vermögensteuer, die als Personensteuer ebenfalls an die Leistungsfähigkeit einer Person anknüpft, beträgt gemäß § 8 VStG 1 % des steuerpflichtigen Vermögens. Entsprechend der Einkommensteuer wird das Vermögen bei der Vermögensteuer beim Vorliegen eines Treuhandverhältnisses dem Treugeber über § 11 StAnpG zugerechnet.[2] Vermögensteuerpflichtig sind die Anteilsinhaber, sobald sie die vorgesehenen Freibeträge überschreiten.

Vermögensobjekte sind die den Anteilseignern über den Treuhandkommanditisten zuzurechnenden Immobilien.[3] Für die Vermögensteuer werden dabei die Einheitswerte nach den Wertverhältnissen vom 1.1.1935 zugrunde gelegt, die erheblich unter den heutigen Verkehrswerten liegen. Auf der Basis der Einheitswerte können weiterhin die auf den Grundstücken ruhenden Schulden (Grundpfandrechte) abgezogen werden. Beim RWI Fonds und bei der Dr. Görtmüller KG wurden neben dem Fondskapital erhebliche Fremdmittel herangezogen.[4] Liegen die Einheitswerte bei diesen

---

1) Tipke-Kruse, § 22 AO Anm. 5 und § 215 AO Anm. 4 sieht in dem Kompromißvorschlag eine dem Zweck der einheitlichen und gesonderten Feststellung zuwiderlaufende Lösung.
2) Vgl. Begründung zum StAnpG, RStBl 1964, S. 1398 ff. (1405). In der Begründung zu § 11 StAnpG wird dort insbesondere auf die Vermögensbesteuerung hingewiesen (Zurechnung des Vermögens zum Treugeber). Vgl. auch v. Wallis in Hübschmann-Hepp-Spitaler, Lfg. 40, § 11 StAnpG Anm. 2 d und 4 d.
3) Rössler-Troll, § 13 Anm. 6 BewG, danach sind die Anteilsinhaber Miteigentümer und die Einheitswerte der Grundstücke werden zugrunde gelegt. Gemeint sind wirtschaftliche Miteigentümer.
4) Beim RWI Fonds durchschnittlich 50 %; bei der Dr. Görtmüller KG z.T. 60 %, vgl. Einleitung.

Immobilienfonds unter 5o % des Verkehrswertes,[1] so sind die Anteile dieser Fonds nicht nur vermögensteuerfrei, sondern es ergibt sich zusätzlich ein Minusvermögen. Das Minusvermögen kann mit anderen Vermögensarten bei dem Zertifikatinhaber, dem es zugerechnet wird, ausgeglichen werden und mindert damit dessen steuerpflichtiges Gesamtvermögen.[2] Für Zertifikatinhaber, die der Vermögensteuer unterliegen, tritt somit ein zusätzlicher "Steuergewinn" ein. Wie bei der Einkommensteuer zeigt sich auch hier der steuerorientierte Einschlag dieses Immobilienfondstyps.

b) Grundsteuer

Bei der Grundsteuer, einer Realsteuer, unterliegt der Grundbesitz als solcher der Besteuerung, unabhängig von den persönlichen Verhältnissen der Eigentümer.

Die Grundsteuer wird auf der Basis der Einheitswerte erhoben (§ 1o GrStG). Aus den Einheitswerten wird der Steuermeßbetrag und der Hebesatz, der von den Gemeinden festgelegt wird, abgeleitet. Steuerschuldner ist nach § 7 Abs. 3 GrStG der wirtschaftliche Eigentümer. § 7 Abs. 3 GrStG verweist damit ausdrücklich auf § 11 StAnpG. Bei den Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften sind somit die Zertifikatinhaber Schuldner der Grundsteuer.

Zu beachten ist noch, daß nach dem 2. Wohnungsbaugesetz[3] Grundsteuervergünstigungen für Wohnungen gewährt werden, die im öffentlich geförderten Wohnungsbau oder im steuerbegünstigten Wohnungsbau errichtet werden.

---

1) In der Regel liegt der Einheitswert unter 5o % des Verkehrswerts.
2) Vgl. BB 1968, S. 1784 - zur vermögensteuerlichen Behandlung von Immobilienzertifikaten.
3) WoBauG v. 27.6.1956, BGBl I, S. 523

Der RWI Fonds hat Objekte im sog. sozialen Wohnungsbau errichtet.[1] Die Grundsteuer fällt dann zwar nicht ganz weg, sondern wird nach § 92 Abs. 1 des 2. WoBauG für die Dauer von 1o Jahren (Vergünstigungszeitraum) nur nach den Steuermeßbeträgen erhoben, die maßgebend waren, bevor der steuerlich begünstigte Wohnraum geschaffen worden ist.[2]

c) Gewerbesteuer

Nach § 2 Abs. 2 GewStG gilt die Tätigkeit einer Personengesellschaft, bei der die Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) anzusehen sind, in vollem Umfang als Gewerbebetrieb. Daß offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften nicht schon kraft Rechtsform einen Gewerbebetrieb unterhalten, ist bereits dargelegt worden.[3] Ebenso wurde festgestellt, daß die Verwaltung von Grundbesitz keinen Gewerbebetrieb begründet.

Bei den Immobilienfonds fällt daher keine Gewerbesteuer an.[4]

Aber selbst wenn man der Auffassung sein sollte, die Immobilienfonds üben eine gewerbliche Tätigkeit aus, würde es zu keiner Gewerbesteuer kommen, wenn man die im GewStG vorgesehenen Kürzungsvorschriften berücksichtigt. Gemäß § 9 Ziffer 1 Sätze 2 und 3 GewStG kann bei Unternehmen - unabhängig von der Rechtsform -[5] die ausschließlich eigenen Grundbesitz verwalten,[6]

---

1) Wechsler, Immobilienfonds, S. 47
2) Sog. Erstarrung des Grundsteuermeßbetrages. Der Bauherr soll bei der Planung von vornherein mit einer feststehenden Grundsteuerbelastung rechnen können; vgl. Diedenhofen, DB 1956, S. 558; Schade-Schubert, Komm.z.II WoBauG, § 92 Anm. 6
3) Vgl. für reine Kommanditgesellschaften unter C I 1 b, S. 117 - für den Mannheimer Fonds unter C II 1 a, S. 138.
4) Das gilt sowohl für Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften als auch in der Form der GmbH & Co KG (Mannheimer Fonds), vgl. auch FN 3, S. 115
5) Blümich-Boyens, Gewerbesteuergesetz, § 9 Anm. 3
6) Vgl. § 2 der Ges-Verträge.

die Gewerbesteuer um den gesamten Gewerbeertrag gekürzt werden. Gemäß § 12 Abs. 3 Ziffer 1 GewStG sind weiterhin aus dem gewerblichen Einheitswert die Einheitswerte der Betriebsgrundstücke auszuscheiden.[1] "Gewerbeertragsteuer" und "Gewerbekapitalsteuer" können daher bei Immobilienfonds, die ausschließlich eigenen Grundbesitz verwalten,[2] nicht anfallen.

d) Erbschaftsteuer

Von der Erbschaftsteuer werden Zuwendungen von Todes wegen und Schenkungen unter Lebenden ergriffen. Für die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Nachlaß gelten dabei die allgemeinen Zurechnungsbestimmungen des § 11 StAnpG.[3] Bei den Immobilienfonds sind demnach die Erben bzw. Beschenkten der einzelnen Zertifikatinhaber Steuerschuldner der Erbschaftsteuer. Für die Bewertung der Fondsobjekte sind gemäß § 23 Abs. 2 ErbStG die Einheitswerte des Grundvermögens zugrundezulegen. Für die Anteilsinhaber hat das den Vorteil, daß die z.Zt. geltenden niedrigen Einheitswerte[4] und nicht die erheblich höheren Verkehrswerte bei bebauten Grundstücken anzusetzen sind.

II. Mannheimer Fonds (persönlich haftende Gesellschafter: Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH und Rechtsanwalt Engler)

1. Einkünfte des Mannheimer Fonds

a) Einkünfte aus Gewerbebetrieb

Im Gegensatz zu den in Form von reinen Kommanditgesellschaften betriebenen Immobilienfonds könnten beim Mannheimer Fonds durch die Einschaltung der GmbH Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt

---

1) Blümich-Boyens, Gewerbesteuergesetz, § 12 Anm. 8
2) Nach § 2 AVB der Dr. Görtmüller KG können die zu bebauenden Grundstücke auch zu Erbbaurecht erworben werden. Für die Gewerbesteuerkürzungen ist das nicht von Bedeutung, denn Erbbaurechte gehören im Sinne dieser Vorschriften zum eigenen Grundbesitz; vgl. Blümich-Boyens, GewStG, § 9 Anm. 3 § 12 Anm. 8, RFH Urt.v.14.1o.1941, RStBl., S. 884
3) Megow, § 23 Anm. II b ErbStG
4) Vgl. unter C I 4 a, S. 111/114.

werden. Durch die Beteiligung der GmbH als persönlich haftender Gesellschafter könnte die Betätigung des Mannheimer Fonds gewerblichen Charakter annehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs stellt die Tätigkeit einer GmbH & Co KG jedenfalls stets dann einen Gewerbebetrieb dar, wenn die geschäftsführende GmbH alleiniger Komplementär der KG ist.[1)2)] Beim Mannheimer Fonds tritt neben der Allgemeinen Sachwert Leasing GmbH Rechtsanwalt Engler als persönlich haftender Gesellschafter auf. (§ 4 Ges-Vertrag). Für den Fall, daß neben der GmbH noch eine natürliche Person als Komplementär eingesetzt ist, hat der Bundesfinanzhof durchblicken lassen, daß es dann darauf ankomme, ob die Beteiligung der GmbH für den Betrieb der Personengesellschaft von Bedeutung sei.[3)] Deutlicher wird es in einem gemeinsamen Ländererlaß der Finanzministerien (Senatsabteilungen) formuliert.[4)] Danach erzielt die GmbH & Co KG auch dann gewerbliche Einkünfte, wenn die GmbH neben den anderen natürlichen Komplementären der KG das Gepräge gibt, was stets dann der Fall sein soll, wenn sie wirtschaftlich ein Übergewicht hat. Anhaltspunkt soll dabei auch der in Erscheinung tretende Firmenname sein.

Demgegenüber wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß eine GmbH & Co KG steuerlich genauso zu behandeln sei, wie eine reine Kommanditgesellschaft.[5)] Dieser Meinung ist voll zuzustimmen.

---

1) BFH Urt. v. 17.3.1966, BStBl III, S. 171 ff.
2) Zu überlegen wäre hier, ob durch die Einsetzung einer GmbH & Co KG als persönlich haftende Gesellschafterin einer KG wieder eine Kommanditgesellschaft gegründet werden kann, auf die die Grundsätze des BFH-Urteils nicht anwendbar sind. Komplementärin wäre dann keine GmbH mehr, sondern eine Kommanditgesellschaft in der Form einer GmbH & Co KG.
3) BFH, a.a.O., S. 173
4) Dieser Erlaß erging im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen im Hinblick auf das in FN 1 S. 117 genannte Urteil; vgl. DB 1967, S. 318
5) Vgl. FG Freiburg, Urt. v. 31.3.1964, in EFG 1964, S. 483 ff. mit der Einschränkung, daß dies zumindest dann gelten muß, wenn neben der GmbH noch eine natürliche Person zu einem überwiegenden Teil beteiligt ist. Hermann-Heuer, § 15 Anm. 13 b EK Lfg. 83 Jan. 1969 E 3o.

Gesellschafter einer Handelsgesellschaft können natürliche und nach herrschender Lehre auch juristische Personen sein,[1] ohne daß dadurch die Rechtsform der Handelsgesellschaft verändert wird. Auch der Bundesfinanzhof stellt in dem angeführten Urteil heraus, "daß die GmbH & Co KG handels- und steuerrechtlich als Personengesellschaft zu behandeln ist."[2] Die Argumente, mit denen er dennoch zu einer gewerblichen Tätigkeit kommt, überzeugen nicht. Letztlich beruht seine Ansicht auf einer ablehnenden Einstellung zur GmbH & Co KG als Gesellschaftsform, was sich u.a. daraus ergibt, daß er die handelsrechtliche Grundtypenvermischung als von "erheblicher wirtschaftlicher und steuerlicher Bedeutung" herausstellt und Literatur heranzieht, in der diese Gesellschaftsform noch heute als Unfug bezeichnet wird.[3] Die GmbH & Co KG, auch heute noch als am Rande der Legalität stehend anzusehen,[4] entspricht weder der Praxis noch der h.M.[5] Wenn auch die Auffassung des Bundesfinanzhofs verständlich ist, bei einer GmbH & Co KG möglichst gewerbliche Einkünfte anzunehmen,[6] so entbehrt doch diese Auffassung der dogmatischen Begründung.

Aber selbst unter Zugrundelegung der Auffassung des Bundesfinanzhofs und des Gemeinsamen Ländererlasses ist die Ansicht vertretbar, daß der Mannheimer Fonds keine gewerblichen Einkünfte erzielt Die GmbH gibt dem Gesamtbild des Fonds keineswegs das Gepräge. Die Tätigkeit der KG wird entscheidend von dem Treuhandkommanditisten bestimmt. Für alle wesentlichen Geschäftsvorfälle ist seine Einwilligung erforderlich (§ 6 Ges-Vertrag) und bei Gesellschaftsbeschlüssen hat er doppelt so viel Stimmen wie alle Komplementäre zusammen (§ 7 Ges-Vertrag). Geprägt wird der Mannheimer Fonds von dem Treuhandkommanditisten, der die Schlüsselstellung innehat.

---

1) Schlegelberger-Geßler, § 1o5 Anm. 25; Weipert, in RGR-Komm z. HGB, § 1o5 Anm. 26 m.w.Nachw.
2) BFH Urt. v. 17.3.1966, BStBl III, S. 173
3) BFH, a.a.O.
4) Vgl. Lippmann, GmbH-Rdsch 1966, S. 118
5) Vgl. z.B. Hermann-Heuer, § 15 Anm. 13 b EK Lfg. 83 Jan. 1969 E 3o
6) Die GmbH & Co KG ist dann auf jeden Fall der Gewerbesteuerpflicht unterworfen.

Gewerbliche Einkünfte werden nicht erzielt.

b) Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung oder Kapitalvermögen

Die Einkunftsart des Mannheimer Fonds hängt letztlich von der wirtschaftlichen Zuordnung[1] des Leasing Gegenstandes ab.

Nach den Prospektankündigungen sollen die Anleger wirtschaftliche Miteigentümer des Grundbesitzes und der errichteten Gebäude sein. Geht man von der Richtigkeit der Angebotsprospekte aus, würden beim Mannheimer Fonds Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt werden. Der Leasing Nehmer - die europa markt GmbH - wäre danach auch steuerrechtlich nur Mieter des Objektes, so daß seine Zahlungen als Mietzinsen anzusehen wären. Das erscheint jedoch fraglich, betrachtet man unter Zugrundelegung der AVB, des Gesellschaftsvertrages und der sonstigen vertraglichen Vereinbarungen die Konstruktion des Mannheimer Fonds im einzelnen. Wirtschaftsgüter, die Gegenstand eines Leasing Vertrages sind, können steuerrechtlich dem Leasing Geber oder Leasing Nehmer zugerechnet werden. Es stellt sich somit die Frage, wem die im bürgerlich rechtlichen Eigentum der Kommanditgesellschaft stehenden Immobilien steuerrechtlich zuzuordnen sind.

Die Kommanditgesellschaft kann nach der Bilanzbündeltheorie[2] selbst nicht Zurechnungssubjekt sein. Auch der Treuhandkommanditist scheidet aus, weil ihm als Treuhänder das Treugut steuerrechtlich nicht zugerechnet werden kann (vgl. § 11 StAnpG).

---

1) Das StAnpG führt für die persönliche Zuordnung den steuerrechtlichen Hilfsbegriff der Zurechnungen ein; vgl. z.B. Becker-Riewald-Koch, § 11 StAnpG Anm. 1

2) Über die einkommensteuerrechtliche Behandlung der Kommanditgesellschaft vgl. die herrschende Bilanzbündeltheorie; s. auch FN 2 S. 99

Die Immobilien können daher nur den Anteilsinhabern oder dem Leasing Nehmer zugerechnet werden. Maßgebend dafür ist die im Steuerrecht geltende wirtschaftliche Betrachtungsweise (§ 1 Abs. 2 und 3 StAnpG).

aa) Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Gemäß § 11 StAnpG - einem Anwendungsfall der wirtschaftlichen Betrachtungsweise -[1] werden sowohl dem Treugeber als auch dem Eigenbesitzer abweichend vom zivilrechtlichen Eigentum die entsprechenden Wirtschaftsgüter steuerrechtlich zugerechnet. Bei den in § 11 Ziffer 1 bis 4 StAnpG aufgeführten Tatbeständen handelt es sich nach einhelliger Meinung nur um Beispielsfälle für eine vom Zivilrecht abweichende Zurechnung.[2] Darüber hinaus wird jeder, der eine dem Eigentümer ähnliche Verfügungsgewalt ausübt, wie ein Eigentümer behandelt. Im Steuerrecht hat sich dafür der Ausdruck "wirtschaftliches Eigentum" eingebürgert.[3] Seeliger bezeichnet nach eingehender Untersuchung denjenigen als wirtschaftlichen Eigentümer, der die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, daß dadurch der nach bürgerlichem Recht Berechtigte auf Dauer von der Einwirkung auf

---

1) Vgl. z.B. Seeliger, Wirtschaftliche Betrachtungsweise, S. 7; Kühn, Abgabenordnung, § 11 StAnpG Anm. 1

2) Seeliger, a.a.O., S. 19 m.w.Nachw.; Tipke-Kruse, § 11 StAnpG Anm. 4; v. Wallis, in Hübschmann-Hepp-Spitaler, Lfg. 4o, § 11 StAnpG Anm. 2 c; Becker-Riewald-Koch, § 11 StAnpG Anm. 2 Abs. 1

3) Auf den Streit, ob der Begriff "wirtschaftliches Eigentum" als überflüssig abzulehnen ist, da er nicht erforderlich ist und der Einheit der Rechtsordnung widerspricht, soll hier nicht eingegangen werden. Vgl. Mutze, NJW 1963, S. 517 m.w.Nachw. Der Begriff "wirtschaftliches Eigentum" ist im Steuerrecht heimisch geworden und setzt sich auch in anderen Rechtsgebieten wie Konkurs-, Zivilprozeß- und Erbrecht immer mehr durch. Vgl. Assfalg, NJW 1963, S. 1586. In der Literatur über Immobilienfonds hat sich der Begriff ebenfalls allgemein eingebürgert. Es wird damit kein selbständiger steuerlicher Eigentumsbegriff geprägt, sondern nur eine von der bürgerlich rechtlichen Zuordnung abweichende wirtschaftliche Zuordnung gekennzeichnet. Vgl. Tipke-Kruse, § 11 StAnpG Anm. 4; v. Wallis, in Hübschmann-Hepp-Spitaler, a.a.O.

das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausgeschlossen wird.[1] Das bedeutet, daß das juristische Eigentum[2] durch das wirtschaftliche Eigentum eingeschränkt wird und dem Herausgabeanspruch (§ 985 BGB) des bürgerlich rechtlich Berechtigten praktisch keine Bedeutung mehr zukommt.[3]

Bei einem Leasing Verhältnis ist demnach derjenige wirtschaftlicher Eigentümer, dem der Leasing Gegenstand in diesem Sinne zuzurechnen ist.

bb) Zurechnung des Leasing Objektes

Die Frage, wem der Gegenstand eines Leasing Vertrages zuzurechnen ist, ist stark umstritten und allgemein wohl auch nicht beantwortbar.

Die dazu vertretenen Meinungen kann man grob in folgende Gruppen aufteilen.

1. Das Leasing Verhältnis ist ein reines Miet- oder Pachtverhältnis und der Leasing Geber ist sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich Eigentümer des Leasing Objekts.[4][5]

---

1) Seeliger, a.a.O., S. 89, zustimmend v. Wallis in Hübschmann-Hepp-Spitaler, a.a.O., Anm. 2 f.; Tipke-Kruse, a.a.O., Becker-Riewald-Koch, § 11 StAnpG Anm. 2 Abs. 7; s. auch Vogel, StbJb 1964/65, S. 193
2) Gemeint ist das bürgerlich rechtliche Eigentum.
3) Seeliger, a.a.O., S. 90; Tipke-Kruse, § 11 StAnpG Anm. 4
4) Meilicke, BB 1964, S. 691, 694; Hintner, DStZ/A 1965, S. 314; Fink, DB 1964, S. 1071; Weissenborn-Schaaf, DStR 1969, S. 327; vgl. auch Stellungnahme des DIHT und des BdF in BStBl II 1970, S. 265 f.
5) Als schwebendes Geschäft hat das Leasing Verhältnis beim Leasing Nehmer bilanzmäßig keine Auswirkungen; vgl. im einzelnen Meilicke, a.a.O., S. 692; Hintner, a.a.O., S. 314; Fink, a.a.O.

2. Der Leasing Nehmer ist wirtschaftlicher Eigentümer des Leasing Objekts mit der Folge, daß er den Leasing Gegenstand zu aktivieren und abzuschreiben hat, während der Leasing Geber die sich aus dem Leasing Verhältnis ergebende Forderung zu aktivieren hat.[1)]

3. Der Leasing Geber ist wirtschaftlicher Eigentümer des Objekts, der Leasing Nehmer muß jedoch während der Grundmietzeit[2)] die überhöhten Leasing Raten - i.V.m. einem Optionsrecht - aktivieren[3)] oder aktiv abgrenzen.[4)]

Der Bundesfinanzhof[5)] hat für das Finanzierungs Leasing[6)] entschieden, daß der Leasing Nehmer wirtschaftlicher Eigentümer sei, wenn er den Leasing Geber praktisch bis zur völligen Abnutzung des Wirtschaftsgutes von der Einwirkung auf den Leasing Gegenstand ausschließen könne.[7)]

---

1) Havermann, Leasing, S. 57/58, 64 u. 88; R. Thiel, Die Information über Steuer und Wirtschaft, 1964, S. 123; Brinkmann, Neue Betriebswirtschaft, 21. Jahrg. März, 1968, S. 23, der besondere Kriterien für die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums beim Leasing Nehmer aufstellt.
2) In der Grundmietzeit, die i.d.R. kürzer als die betriebsgewöhnliche Nutzungszeit ist, sind dem Leasing Geber die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten und eine Kapitalverzinsung (Gewinnzuschlag) zu zahlen.
3) J. Thiel, BB 1967, S. 326; vgl. auch Rau, BB 1968, S. 1027/28 und Flick, DStR 1969, S. 329, 330, die wegen des geringen Wertes des Optionsrechts und wegen der vorhandenen Unsicherheit der Bewertung auf eine Aktivierung verzichten wollen.
4) Die überhöhten Leasing Raten sind danach als Vorleistungen für die Anschlußmietzeit anzusehen - vgl. auch Havermann, Leasing, S. 95
5) BFH Urt. v. 26.1.1970 IV R 144/66, BStBl II, S. 264 ff.
6) Man unterscheidet:
operating-lease = kurzfristiges Konsumgüter Leasing
financial-lease = i.d.R. Investitionsgüter Leasing
Immobilien Leasing = Grundstücks Leasing
7) Das trifft auf folgende Leasing-Verträge zu:
1. Leasing-Vertrag mit typischer Verlängerungsoption,
2. Grundmietzeit und betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer decken sich annähernd,
3. Der Leasing Gegenstand ist für die speziellen Verhältnisse des Leasing Nehmers zugeschnitten. Vgl. im einzelnen BFH, a.a.O., S. 268

Für das Immobilien Leasing hat der Bundesfinanzhof die Frage offengelassen.[1] Dennoch können einige allgemeine Grundsätze auch auf das Immobilien Leasing übertragen werden.[2] Auszugehen ist auch hier von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und den Umständen des Einzelfalles,[3] sowie die Überlegung, ob der Leasing Nehmer den Leasing Geber bis zur völligen Abnutzung des Leasing Objekts von Einwirkungen auf den Leasing Gegenstand ausschließen kann.

Ohne auf die umfangreiche und immer noch strittige Meinung in der Literatur über die steuerliche Behandlung von Leasing Verträgen im einzelnen einzugehen,[4][5] kann bei der hier gewählten Konstruktion des Mannheimer Fonds und den vertraglichen Vereinbarungen gesagt werden, daß der Leasing Nehmer wirtschaftlicher Eigentümer ist.[6] Das gesamte Mietobjekt ist auf den speziellen Verwendungszweck der europa markt GmbH zugeschnitten. Es wird ihr auf 25 Jahre unkündbar vermietet. Während der Vertragszeit ist sie verpflichtet, jährlich 4 % der Zertifikate auf Verlangen der GfB zu übernehmen. Nach Ablauf der Mietzeit wäre sie Inhaber des gesamten Fondskapitals, wenn sie die jährliche Ankaufsquote voll einhalten könnte. Der Ankaufspreis der Zertifi-

---

1) BFH, a.a.O., S. 267
2) Vgl. George, NWB, Fach 17 a, S. 347
3) BFH, a.a.O., S. 272; vgl. auch Fink, DB 1964, S. 1073
4) Vgl. über Leasing z.B. Meilicke, BB 1964, S. 691 ff.; Grass, FR 1967, S. 488 ff. m.w.Nachw. sowie FN 4 S. 121
5) Auch in den bisher bekannt gewordenen Stellungnahmen zum BFH-Urteil, a.a.O., ist z.T. Kritik geübt worden; vgl. Dietz und Havermann, Der Volkswirt, 1970, S. 41 ff., im übrigen bleibt abzuwarten, ob sich die Ertragsteuersenate (I + VI) der Auffassung des IV. Senats anschließen werden; vgl. dazu Flick, der Volkswirt, 1970, S. 43; George, a.a.O., S. 350
6) Vgl. auch Weissenborn-Schaaf, DStR 1969, S. 328/329

kate ist dabei im voraus genau festgelegt.[1)]

Die Zertifikatinhaber sind demgegenüber unwiderruflich verpflichtet, ihre Zertifikate spätestens nach Ablauf der Mietzeit zur Verfügung zu stellen. Um die sukzessive Übernahme der Zertifikate durch den Leasing Nehmer zu sichern, können jährlich 4 % der Zertifikate ausgelost werden.[2)] Diese Vertragsgestaltung liegt zwischen dem "Mietkaufvertrag", der in Wahrheit als Kauf zu behandeln ist[3)] und dem echten Leasing Vertrag, bei dem nach Ablauf der Mietzeit der Gegenstand an den Leasing Geber zurückzugeben ist. Bei dieser Rechtslage übt der Leasing Nehmer die tatsächliche Herrschaftsgewalt über die Mietobjekte aus, so daß er den bürgerlich rechtlichen Eigentümer auf Dauer von Einwirkungen auf die Immobilien ausschließt.[4)]

Die Zertifikatinhaber können dagegen nicht wirtschaftliche Eigentümer des Leasing Objekts sein. Ihre Beteiligung ist zeitlich begrenzt und Einwirkungsmöglichkeiten auf den Leasing Gegenstand stehen ihnen nicht zu. In ihrer Rechtsstellung gleichen sie Darlehensgebern mit besonderen Rückzahlungsmodalitäten.

Wirtschaftlicher Eigentümer ist also der Leasing Nehmer, der unter Passivierung der Leasing Verbindlichkeit den Leasing Gegenstand zu aktivieren und abzuschreiben hat.[5)] Die Kommanditgesellschaft als Leasing Geber hat hingegen nur eine Forderung aus dem Leasing Verhältnis, so daß keine Einkünfte aus Vermietung

---

1) Vgl. Kaufantrag - im Anhang abgedruckt -
2) WID, Nr. 1o, 1968, S. 8o ff.
3) Vgl. hierzu Meilicke, a.a.O., S. 693; Hintner, DStZ 1965, S. 313
4) Dem Herausgabeanspruch des bürgerlich rechtlichen Eigentümers (KG) kommt dabei praktisch keine Bedeutung mehr zu.
5) Vgl. Havermann, Leasing, S. 65; Masuch, NWB, Fach 3, Berlin, S. 677; Brinkmann, Neue Betriebswirtschaft, 21. Jahrg. März 1968, S. 22

und Verpachtung erzielt werden. Die Erträge, die in den Prospekten als Mietzahlungen deklariert sind, stellen steuerliche Zinszahlungen auf die Forderung aus dem Leasing Verhältnis dar,[1] so daß beim Mannheimer Fonds Einkünfte aus Kapitalvermögen anfallen.

2. Einkommensteuer

Dem Treuhandkommanditisten fließen als alleinigem Vermögensträger der Kommanditgesellschaft die Erträge der Fonds Gesellschaft zu, die er dann an die Zertifikatinhaber weiterzuleiten hat.[2] Steuerrechtlich beziehen die Zertifikatinhaber als Treugeber die Einkünfte des Treuhänders,[3] da ihnen die Wirtschaftsgüter[4] (hier die Forderung aus dem Leasing Verhältnis) über § 11 StANpG zugerechnet werden. Das bedeutet, daß den Anteilsinhabern die jährlich zufließenden Erträge als Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S. des § 2o Abs. 1 Ziffer 4 EStG zuzurechnen sind.[5] Das jährlich ansteigende Aufgeld von 2 % stellt dagegen einen geldwerten Vorteil im Sinne des § 2o Abs. 2 Ziffer 1 EStG dar, soweit es sich nicht um Betriebseinnahmen handelt.[6]

---

1) Anstelle der angekündigten Abschreibungen (s. auch § 8 letzter Satz AVB) und Mieterträge fallen Zinserträge und Forderungstilgungen an (beim Ankauf von Zertifikaten); vgl. auch Havermann, a.a.O., S. 88
2) Nach § 8 AVB wird die Gewinnausschüttung den Zertifikatinhabern zum 3o. April des Folgejahres ausgezahlt.
3) Steuerrechtlich fließen dem Treuhandkommanditisten keine Erträge zu, weil diese den Zertifikatinhabern als Treugebern zugerechnet werden.
4) Der Begriff Wirtschaftsgut umfaßt neben Sachen und Rechten jeden Vermögenswert, der selbständig bewertungs- und nutzungsfähig ist; vgl. Tipke-Kruse, § 11 StAnpG Anm. 3; v. Wallis in Hübschmann-Hupp-Spitaler, Lfg. 4o, § 11
5) Vgl. auch Weissenborn-Schaaf, DstR 1969, S. 329
6) Vgl. abgestimmten Ländererlaß v. 15.11.1968 in DB 1968, S. 2o59

Entgegen den Ankündigungen in den Zeichnungsprospekten sind die Zertifikatinhaber nicht wirtschaftliche Eigentümer der Immobilien,[1] erzielen somit auch keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, so daß ihnen auch die bei den Immobilien anfallenden Werbungskosten (insbesondere AfA)[2] nicht zustehen.[3]

Ihr Werbungskostensatz richtet sich allein nach den für ihre Einkunftsart (aus Kapitalvermögen) geltenden Grundsätzen.[4] Werbungskosten, die bei den Immobilien anfallen, können sie ebensowenig geltend machen, wie persönliche Aufwendungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb ihrer Beteiligung stehen.[5]

Da beim Mannheimer Fonds Einkünfte aus Kapitalvermögen anfallen, scheidet auch die einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte gemäß § 215 Abs. 2 AO aus.[6] § 215 Abs. 2 AO enthält einen abschließenden Katalog der einheitlich und gesondert festzustellenden einkommensteuerpflichtigen Einkünfte und kommt für Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht in Betracht.[7]

---

1) Vgl. unter C II 1 b aa
2) Wenn § 8 AVB und § 6 Buchstabe g Ges-Vertrag von Abschreibungsmöglichkeiten ausgehen, so beruht das auf der Fehleinschätzung des wirtschaftlichen Eigentümers.
3) Da die Werbungskosten dem Leasing Nehmer zustehen, können die Erträge auch nicht teilweise steuerfrei ausgeschüttet werden.
4) In der Regel dürfte es sich dabei um die Pauschbeträge gemäß § 9 a Nr. 2 EStG handeln.
5) Vgl. dazu die abweichende steuerliche Beurteilung bei den Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften unter C I 3
6) § 8 AVB ist insoweit unrichtig; auch das beruht auf der Fehleinschätzung des wirtschaftlichen Eigentümers.
7) Vgl. Tipke-Kruse, § 215 AO Anm. 3; Becker-Riewald-Koch, § 215 AO Anm. 2 Abs. 3

3. Die übrigen Steuerarten

Wie im vorangegangenen bereits festgestellt, sind die Zertifikatinhaber nicht wirtschaftliche Miteigentümer der Leasing Gegenstände, d.h., die Immobilien werden ihnen steuerrechtlich nicht zugerechnet.[1] Dadurch ergibt sich für die Anteilsinhaber bei der Vermögen- und Grundsteuer eine andere steuerrechtliche Beurteilung als bei den Anteilsinhabern bei den Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften.[2]

a) Vermögensteuer

Für die Vermögensteuer sind nicht die niedrigen Einheitswerte des Grundvermögens die Bemessungsgrundlage, sondern der jeweilige Wert der Immobilien Leasing Zertifikate. Bewertungsmaßstab für die Vermögensteuer ist dabei der Rücknahmepreis der Zertifikate (§ 11 Abs. 4 BewG).[3]

b) Grundsteuer

Die Immobilien werden beim Mannheimer Fonds der europa markt GmbH als wirtschaftlicher Eigentümerin zugerechnet, so daß die europa markt GmbH und nicht die Zertifikatinhaber gemäß § 7 Abs. 3 GrStG Steuerschuldner der Grundsteuer ist.[4]

c) Gewerbesteuer

Die Gewerbesteuer entfällt für den Mannheimer Fonds ebenso wie für die anderen Immobilienfonds, da die Fonds Gesellschaften keinen Gewerbebetrieb betreiben.[5]

---

1) Vgl. unter C II 1 b bb
2) Vgl. dazu unter C I 4
3) Vgl. auch Rössler-Troll, § 11 Anm. 8 BewG
4) Steuerschuldner ist gemäß § 7 Abs. 3 GrStG der wirtschaftliche Eigentümer.
5) Vgl. unter C I 4 c, S. 115 und unter C II 1 a, S. 116

d) Erbschaftsteuer

Ebenso wie bei der Vermögensteuer sind auch bei der Erbschaftssteuer nicht die niedrigen Einheitswerte des Grundvermögens als Bemessungsgrundlage heranzuziehen,[1] sondern der Wert der Immobilien Leasing Zertifikate. Gemäß § 23 Abs. 1 ErbStG i.V. mit § 11 Abs. 4 BewG ist dabei der jeweilige Rücknahmepreis der Anteilscheine maßgebend.[2]

4. Unterbeteiligung

Wie schon im zivilrechtlichen Teil erwähnt, wird die Beteiligung an einem Immobilienfonds - unabhängig von der Konstruktionsform - vielfach als Unterbeteiligung bezeichnet.[3]

Obwohl die Annahme einer Unterbeteiligung zu dem gleichen steuerlichen Ergebnis führt,[4] so ist das doch dogmatisch nicht richtig. Der Treuhandkommanditist hält keinen eigenen Restanteil an dem Gesellschafteranteil, er ist lediglich Treuhänder für die Anleger,[5] so daß diesen die Einkünfte des Treuhänders

---

1) Vgl. die abweichende Rechtslage bei den Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften unter C I 4 d
2) Vgl. Rössler-Troll, § 11 Anm. 8 und § 133 Anm. 6 BewG
3) Vgl. FN 4 S. 59
4) Bei den Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften sind die Anleger am Gewinn und Verlust sowie an den Anlagewerten und stillen Reserven beteiligt. Als Unterbeteiligte würden sie damit als Mitvermieter und Mitverpächter anzusehen sein, mit der Folge, daß sie Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielen würden. Beim Mannheimer Fonds gleichen die Anleger Darlehnsgebern, die nur am Geschäftserfolg, jedoch nicht am Gesellschafteranteil beteiligt sind. Als Unterbeteiligte würden sie dann Einkünfte aus Kapitalvermögen beziehen. Vgl. dazu Brönner, Besteuerung der Gesellschaften, S. 58; Paulick, Handbuch der Personengesellschaften, III, S. 293, Rz 922:923; Lange, Personengesellschaften, S. 41/42, Rdn 55 und 58 und S. 4o/42 Rdn 53/58; Blümich-Falk, § 15 Anm. 13 f.
5) Vgl. B IV 1 b, S. 59

zuzurechnen sind, unabhängig von der Art ihrer Beteiligung an dem Gesellschafteranteil. Auch in steuerlicher Hinsicht sollte man bei Immobilienfonds den Ausdruck Unterbeteiligung vermeiden.

III. Abhängigkeit der Überschüsse und Ertragsteuern von der Art der Finanzierung

1. Überschußseite

Der Mannheimer Fonds kann bei dieser Betrachtung unberücksichtigt bleiben. Er finanziert seine Objekte ausschließlich mit Fonds Kapital (Eigenmittel). Die Ausschüttung von 7 % ist daher, im Gegensatz zu den anderen geschlossenen Fonds, verhältnismäßig hoch.

Die Aufnahme von Fremdkapital führt in der Regel zu einer geringeren Ausschüttung. Die Fremdmittel müssen verzinstund getilgt werden. Zins- und Tilgungssumme sind aber meistens höher als der prozentuale Anteil an den Mieteinkünften. Das führt dazu, daß ein den Zertifikatinhabern prozentual zustehender Mietanteil zur Tilgung verwandt werden muß.

Bei einem Fonds, der 5o % Fremdkapital aufgenommen hat und dessen Mietobjekte so kalkuliert sind, daß ein Mietüberschuß von 6 % erwirtschaftet werden kann, führt das zufolgender Rechnung.

Von 6 % Mietüberschuß des Gesamtobjektes werden 6 % Zinsen und 1 % Tilgung auf 5o % Fremdkapital gezahlt (7 % von 5o % Mietüberschuß), so daß für die restlichen 5o % Fondskapital (Eigenmittel) 5 % Ausschüttung verbleiben. Dieses Verhältnis wird umso krasser, je höher der Fremdmittelanteil ist. Damit sind dem Einsatz von Fremdkapital Grenzen gesetzt, soweit noch eine akzeptable Ausschüttung erzielt werden soll.

2. Einkommensteuerrechtliche Vor- und Nachteile

Die Immobilienfonds in Form von reinen Kommanditgesellschaften schreiben die errichteten Gebäude degressiv ab, d.h., sie setzen in den ersten 12 Jahren 3,5 %, in den folgenden 2o Jahren 2 % und in den restlichen 18 Jahren jeweils 1 % der abschreibungsfähigen Herstellungskosten ab.[1] Durch den Einsatz von Fremdkapital vergrößert sich das Abschreibungsvolumen, da die Abschreibungen nicht nur auf den Zertifikatbetrag gewährt werden, sondern auf den Anteil am Gesamtobjekt.[2] Bei einer 5o%igen Fremdfinanzierung verdoppelt sich bereits der Abschreibungseffekt.

In den Anlageprospekten und in der Literatur über Immobilienfonds werden dazu im allgemeinen folgende Beispiele gebracht.[3]

Gesamtkosten	6 Mio	
Grundstücks- u. Erschließungskosten	1 Mio	
Gebäudeherstellungskosten	5 Mio	
Fremdkapital	3 Mio	
Fondskapital	3 Mio	
AfA auf Gebäude	3,5 %	= 175.ooo,-- DM
175.ooo x 1oo / 3.ooo.ooo	= 5,83 %	
oder AfA auf Gebäude nach Berlin-AfA (1o %)		
5oo.ooo x 1oo / 3.ooo.ooo	= 16,6 %	

---

1. In Berlin können gemäß § 53 Abs. 3 EStG im Jahre der Fertigstellung und im darauffolgenden Jahr je 1o % der abschreibungsfähigen Herstellungskosten abgesetzt werden. In den folgenden 1o Jahren 3 % und in den restlichen 4o Jahren 1,25 %. In Berlin sind jedoch bisher keine Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaft errichtet worden.
2. Vgl. hierzu Reichel, WID 1967 Nr. 3, S. 24; Gräfen, DB 1966, Beilage 17, S. 2o
3. Meistanhand der erhobenen Berliner Sonder-AfA (1o % auf 2 Jahre) vgl. auch Mellerowicz, ZfB 1963, S. 185; Schork, Handelsblatt v. 18.4.1967 Nr. 75, S. 16

Daraus wird dann der Schluß gezogen, daß die Ausschüttung nicht nur steuerfrei bleibt, sondern darüber hinaus zusätzliche Werbungskosten entstehen.[1] Ganz allgemein wird behauptet: je höher die Fremdfinanzierung, desto höher der Abschreibungseffekt.[2]

Die isolierte Betrachtung der Abschreibungssätze hat aber nur beschränkte Aussagekraft und ist letztlich irreführend, denn es entsteht der Eindruck, als ob bei einer 5%igen Ausschüttung die darüber hinausgehende AfA den Zertifikatinhabern anteilig voll zugute kommt. Das ist aber nicht der Fall, denn diese Rechnung läßt die Tilgung der Fremdmittel außer acht. Als wirtschaftliche Eigentümer sind die Zertifikatinhaber für den gesamten Überschuß Steuerschuldner. Ihr steuerpflichtiges Einkommen setzt sich nicht nur aus den Ausschüttungsbeträgen zusammen, sondern der gesamte Überschuß wird ihnen zugerechnet. Die gleichbleibenden Ausgaben für die Annuität des Fremdkapitals setzen sich dabei aus den steuerunwirksamen Tilgungen und den als Werbungskosten absetzbaren Zinsen zusammen. Das bedeutet, daß dem Ausschüttungsbetrag die Tilgungssumme zuzurechnen ist und von dieser Summe die Abschreibungsprozentsätze zu bilden sind. Erst dann läßt sich feststellen, ob die Ausschüttung tatsächlich steuerfrei erfolgen kann und ob eine zusätzliche AfA anfällt.

Anzumerken ist noch, daß bei Annuitätsdarlehen die steuerunwirksame Tilgung jährlich progressiv wächst, so daß das steuerpflichtige Einkommen vor der Absetzung für Abnutzung jährlich ansteigt.

---

1) Bergmann, Das Wertpapier 1966, S. 834; Martini, Immobilienzertifikate, S. 32
2) Schorck, a.a.O., S. 16

Dazu folgende Beispiele :

Gesamtobjekt	2 Mio
Fremdkapital	1 Mio
Grundstücks- u. Erschließungskosten	2oo.ooo

6 % Mietüberschuß	12o.ooo,-- DM
6 % Zinsen auf 1 Mio	6o.ooo,-- DM
1 % Tilgung auf 1 Mio	1o.ooo,-- DM
5 % Ausschüttung auf 1 Mio	5o.ooo,-- DM
Einkommen vor Abschreibung (5o.ooo + 1o.ooo)	6o.ooo,-- DM
AfA auf Gebäudeanteil 3,5 % auf 1,8 Mio	63.ooo,-- DM

Einkommen vor AfA	6o.ooo,-- DM
AfA	63.ooo,-- DM
zusätzliche Werbungskosten	3.ooo,-- DM

Die Ausschüttung bleibt im ersten Jahr steuerfrei und zusätzliche Werbungskosten sind gegeben.[1)]

6. Jahr

Einkommen vor AfA	5o.ooo,-- DM	Ausschüttung
	13.3oo,-- DM	Tilgung[2)]
	63.3oo,-- DM	
AfA (3,5 %)	63.ooo,-- DM	
steuerpflichtiger Betrag	3oo,-- DM	

1) Die übrigen Werbungskosten - insbesondere Geldbeschaffungskosten - sind hier vorerst außer Ansatz geblieben.
2) Entnommen aus den Tilgungsplänen für Annuitätsdarlehen der Berliner Sparkassen.

Im 6. Jahr wird der Ausschüttungsbetrag und die Tilgungssumme zusammen schon geringfügig größer als die AfA.

12. Jahr

Einkommen vor AfA	5o.ooo,-- DM	Ausschüttung
	18.9oo,-- DM	Tilgung
	68.9oo,-- DM	
AfA (3,5 %)	63.ooo,-- DM	
steuerpflichtiger Betrag	5.9oo,-- DM	

13. Jahr

Einkommen vor AfA	5o.ooo,-- DM	Ausschüttung
	2o.1oo,-- DM	Tilgung[1]
	7o.1oo,-- DM	
AfA (2 %)	36.ooo,-- DM	
steuerpflichtiger Betrag	34.1oo,-- DM	

23. Jahr

Einkommen vor AfA	5o.ooo,-- DM	Ausschüttung
	36.ooo,-- DM	Tilgung[1]
	86.ooo,-- DM	
AfA (2 %)	36.ooo,-- DM	
steuerpflichtiger Betrag	5o.ooo,-- DM	

In den folgenden Jahren wird die zu versteuernde Summe höher als der Ausschüttungsbetrag, die effektive Rendite bis zur Tilgung der Fremdmittel sehr gering. Erst wenn die Objekte frei von Fremdkapital sind, wird die Kapitalanlage wieder lukrativ, weil der gesamte Überschuß an die Zertifikatinhaber weitergegeben werden kann. Bei der hier zugrundegelegten 5o%igen Fremdfinanzierung und einem 6 %igen Mietüberschuß[2] sind das 12 % des Zertifikatnennbetrages.

---

1) Entnommen aus den Tilgungsplänen für Annuitätsdarlehen der Berliner Sparkassen.
2) Vgl. Beispiel S. 130

Die Beispiele gingen zur Verdeutlichung von konstanten Mieteinnahmen aus. Sobald die Mieten steigen, steigt auch der Ausschüttungsbetrag. Das hat zur Folge, daß der Zeitpunkt, in dem die gesamte Ausschüttung voll zu versteuern ist, eher erreicht wird, denn die AfA bleibt weiterhin konstant.

Die in den Werbe- und Zeichnungsprospekten herausgestellten Vorteile erschöpfen sich in den ersten 12 Jahren.[1] Niedrige AfA-Sätze und erhöhte Tilgungssummen bewirken in den folgenden Jahren den entsprechenden negativen Ausgleich. Ein tatsächlicher Vorteil besteht nur dann, wenn die in den ersten Jahren ersparten Gelder gewinnbringend angelegt werden.

IV. Verkauf der Anteile - steuerliche Beurteilung

Die Übertragung der Zertifikate ist gesichert und bereitet rechtlich keine Schwierigkeiten. Nach den AVB[2] sind die Rechte aus den Anteilscheinen einschließlich der Rechte aus dem Treuhandverhältnis uneingeschränkt übertragbar.[3] Die entscheidende Frage ist jedoch, ob es den Zertifikatverkäufern gelingen wird, kaufwillige Interessenten zu finden.

Beim Mannheimer Fonds besteht für einen Teil der Verkäufer die Möglichkeit, ihre Anteile über die GfB an die europa markt GmbH zu veräußern.[4] Diese hat sich als Mieterin des Gesamtobjektes

---

1) Letztlich wird damit nur der durch die erhöhte AfA gegebene Steuerstundungseffekt betont.
2) AVB, § 7 RWI Fonds; § 6 Dr. Görtmüller KG, § 9 Mannheimer Fonds.
3) Vgl. unter B IV 2 a - Übertragung der Rechte auf Dritte.
4) Für die GfB selbst besteht ebensowenig wie für den Treuhandkommanditisten die Verpflichtung, die Anteilscheine zurückzunehmen.

verpflichtet, auf Verlangen der GfB jährlich 4 % der Immobilienzertifikate zu übernehmen.[1] Verkaufswillige können daher jährlich mit einer erfolgreichen Vermittlung durch die GfB in Höhe von 4 % des Gesamtzertifikatnennbetrages rechnen. Wird in einem Jahr die Ankaufsquote nicht erreicht, kann die GfB die Restquote in den folgenden Jahren vortragen.[2] Diese Vereinbarung schafft für die Immobilien-Leasing-Zertifikate einen inneren Markt, der die Fungibilität der Anteilscheine erhöht.

Auch aus steuerlicher Sicht stehen der Übertragung der Immobilienzertifikate keine Hindernisse entgegen, weil der Zweiterwerber steuerrechtlich wie der Ersterwerber behandelt wird.[3] Hält ein Beteiligter die Zertifikate im Betriebsvermögen seines gewerblichen Unternehmens, ist die Übertragung gemäß § 4 Nr. 8 UStG 1967 (Umsätze von Geldforderungen) umsatzsteuerfrei.[4]

Anders verhält es sich bei Immobilienfonds, bei denen die Mietobjekte den Anlegern steuerrechtlich zugerechnet werden. Zwei entscheidende Überlegungen dürften einen potentiellen Zweiterwerber vom Kauf eines bereits ausgegebenen Zertifikates abhalten. Einmal sinken nach 12 Jahren die AfA-Sätze von 3,5 % auf 2 %.[5] Zum anderen wächst die steuerunwirksame Tilgungssumme jährlich progressiv an, ohne daß die Ausschüttung steigt. Ein Interessent wird sich daher eher veranlaßt sehen, als Ersterwerber von einem neu aufgelegten Fonds ein Immobilienzertifikat

---

1) Vgl. Kaufantrag - im Anhang abgedruckt.
2) Das ist vertraglich im Kaufantrag der europa markt GmbH über den Ankauf der Zertifikate festgelegt.
3) Vgl. unter C II 2
4) Vgl. Schomburg-Kühr, Kommentar zum Mehrwertsteuergesetz, § 4 Nr. 8 Anm. 3 und 4
5) Nach 32 Jahren fallen die AfA-Sätze auf 1 %. Zu dieser Zeit ist aber die Tilgung der Fremdmittel zu erwarten. Die höhere Ausschüttung gleicht die niedrige AfA dann aus.

zu erlangen, anstatt einen bereits ausgegebenen Anteilschein zu übernehmen.[1] Erst nach der Tilgung des Fremdkapitals dürfte der Erwerb eines Immobilienzertifikates für den Zweiterwerber wieder von Interesse sein.[2]

Die gesamte Problematik ist noch nicht aktuell geworden, denn von den in der Bundesrepublik gegründeten geschlossenen Immobilienfonds besteht bisher noch keiner 12 Jahre.

Neben diesen Nachteilen ist die Grunderwerbsteuerfreiheit bei der Veräußerung eines Anteils positiv hervorzuheben. Es werden keine Grundstücksanteile, sondern schuldrechtliche Beteiligungen an einem Kommanditanteil übertragen, deren Erwerb keine Grunderwerbsteuer auslöst.[3] Ebenso ist die Übertragung der Anteile börsenumsatzsteuerfrei, denn es handelt sich bei den Zertifikaten um keine Wertpapiere im Sinne des KVStG.[4] Ein eventueller Veräußerungsgewinn kann nach Ablauf der zweijährigen Spekulationsfrist - beim Mannheimer Fonds nach Ablauf von sechs Monaten Spekulationsfrist - steuerfrei vereinnahmt werden. Auch Ausgabenspesen (Agio) fallen nicht an. Hält ein Anteilsinhaber die Zertifikate im Betriebsvermögen seines gewerblichen Unternehmens, so ist die Weiterveräußerung gemäß § 4 Nr. 8 UStG 1967 umsatzsteuerfrei, da es sich um die Übertragung von Gesellschafteran-

---

1) Daß dieser Anleger nach einiger Zeit dann auch kaum einen kaufwilligen Zweiterwerber finden wird, unterstreicht die Problematik der Fungibilität der Immobilienzertifikate.
2) Nach den Tilgungsplänen sollen die Objekte in ca. 3o - 35 Jahren schuldenfrei sein; vgl. auch Bergmann, Das Wertpapier 1966, S. 835
3) Eisenmenger, Kredit 1966, S. 153; - Bei der Veräußerung dieser Anteile zeigt sich rechtlich ein Wettbewerbsvorteil zu den DII Immobilienfondstypen (Treuhandbruchteilsgemeinschaft). Die Fungibilität ist hier theoretisch besser; vgl. Gräfen, DB 1966 Beilage 17, S. 2o/21
4) Vgl. Lipfert, Handelsblatt v. 12. November 1968 Nr. 219, S. 15; § 19 Abs. 1 Nr. 3 KVStG erfaßt nur Kapitalanlagegesellschaften, die Wertpapiere in ihrem Portefeuille halten.

teilen handelt, die gemäß § 11 Ziffer 3 StAnpG den Zertifikatinhabern als Treugebern zugerechnet werden.[1)]

Weiterhin könnte ein Zweiterwerber eine zusätzliche neue Abschreibungsbasis gewinnen, wenn der Kaufpreis höher als der Buchwert der Gebäude ist.[2)] In Höhe des Buchwertes ist die einmal gewählte degressive Abschreibungsmethode auch beim Zweiterwerber bindend vorgeschrieben. Bei Gebäuden, die im Eigentum einer Personengesellschaft stehen, kann die Abschreibung von den Gesellschaftern nur einheitlich wahrgenommen werden.[3)] Der über dem Buchwert hinausgehende Kaufpreis kann zusätzlich linear auf die Restnutzungsdauer abgesetzt werden.[4)5)] Nach § 6 AVB des RWI Fonds wird für die Wahrung dieser weiteren Steuervorteile allerdings eine angemessene Gebühr erhoben. Von sich aus sind die Treuhandkommanditisten nur verpflichtet, die steuerlichen Vorteile des Ersterwerbers für den späteren Beteiligten geltend zu machen.[6)]

---

1) Vgl. auch Schomburg-Kühr, Kommentar zum Mehrwertsteuergesetz, § 4 Nr. 8 Anm. 5
2) Die neue Abschreibungsbasis eines Zweiterwerbers birgt die Gefahr in sich, daß die Zertifikatinhaber nach Ablauf der "steuerfreien Jahre" bemüht sein könnten, ihre Anteile untereinander über dem Buchwert zu handeln. Bei einem geschickt aufgebauten Ringtauschverfahren könnten sich die Anteilsinhaber auf Kosten des Steuerfiskus damit neue Abschreibungsvorteile "einkaufen".
3) Vgl. § 32 Abs. 1 Ziffer 1 a EStG und unter C I 3 a aa
4) Vgl. Abschnitt 42 a, Abs. 5 EStR 1965 und 67
5) Veräußert ein Anteilsinhaber seine Beteiligung zu einem niedrigeren Preis als dem Buchwert, so ist das steuerrechtlich irrelevant. An- und Verkauf vollziehen sich in der Privatsphäre und der Erwerber erhält prozentual den Anteil des Vorinhabers an dem Immobilienfonds. Der Erwerber kann dann die gleichen Abschreibungen geltend machen wie die übrigen Anteilsinhaber.
6) Vgl. § 6 AVB des RWI Fonds.

Im ganzen gesehen, dürfte es auch den Banken schwerfallen, für die Zertifikate geschlossener Immobilienfonds einen gut funktionierenden außerbörslichen Markt aufzubauen.

Schlußbemerkung:

Die Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaften, das hat die Untersuchung ergeben, sind letztlich eine systemwidrige Kompromißlösung, die einerseits die Anleger an die Immobilien so nah wie möglich bringen will, andererseits aber ein erhöhtes Maß an Fungibilität der Beteiligungen erstrebt, die bei Grundstücksübertragungen gesetzlich nicht vorgesehen ist. Die Anteilszeichner werden dazu über einen Treuhänder an einem Kommanditanteil schuldrechtlich beteiligt, so daß sie ihre Rechte jederzeit übertragen können.

Es hat sich aber auch weiterhin gezeigt, daß die gewählten Konstruktionsformen aus rechtlich bekannten und einfachen Elementen bestehen, die sich mit den herkömmlichen Institutionen und Begriffen des Zivil- und Steuerrechts erklären lassen.

Anhang

Dr. Görtemüller KG

Allgemeine Bedingungen für den Hausbesitzbrief

§ 1 Hausbesitzbrief

(1) Der Hausbesitzbrief ist eine Urkunde über einen Anteil an einer von der Deutschen Pfandbriefanstalt treuhänderisch zu haltenden Kommandtibeteiligung an der Immobiliengesellschaft. Der Anteil bemißt sich nach dem Verhältnis des Nennbetrages des einzelnen Hausbesitzbriefes zu den Nennbeträgen aller Hausbesitzbriefe des Objekts.

(2) Die Summe der Nennbeträge aller Hausbesitzbriefe des Objekts entspricht der Gesellschaftseinlage der Deutschen Pfandbriefanstalt bei der immobiliengesellschaft. Die Summe der Nennbeträge bleibt bis zur Auflösung der Immobiliengesellschaft (§ 7) unverändert. Eine Nachschußpflicht für die Inhaber der Hausbesitzbriefe besteht nicht.

(3) Der Hausbesitzbrief wird von der Deutschen Pfandbriefanstalt ausgestellt und lautet über 100,-- DM, 500,-- DM oder ein Mehrfaches dieser Beträge.

(4) Die Deutsche Pfandbriefanstalt (Treuhänder) führt über die ausgestellten Hausbesitzbriefe des Objektes ein Register, in dem der jeweilige Inhaber mit Namen, Vornamen, Anschrift, Finanzamt und - soweit vorhanden - Steuernummer eingetragen wird.

(5) Die im Register eingetragenen Inhaber gelten dem Treuhänder und der Immobiliengesellschaft gegenüber als aus dem Hausbesitzbrief allein berechtigt.

§ 2 Immobiliengesellschaft

(1) Die Immobiliengesellschaft besteht aus drei natürlichen Personen als persönlich haftenden Gesellschaftern und dem Treuhänder als alleinigem Kommanditisten. Für die Immobiliengesellschaft gilt der nachstehend abgedruckte Gesellschaftsvertrag.

(2) Aufgabe der Immobiliengesellschaft ist es, die für das Objekt benötigten Grundstücke zu Eigentum oder Erbbaurecht zu erwerben, zu bebauen und nach Fertigstellung zu verpachten. Die Immobiliengesellschaft hat die ordnungsgemäße Durchführung der schlüsselfertigen Bauvorhaben durch Abschluß eines Baubetreuungsvertrages, die Verpachtung durch Abschluß eines langjährigen Pachtvertrages sicherzustellen.

(3) Die "Neue Heimat" Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft m.b.H., Hamburg - im folgenden "Neue Heimat" genannt - übernimmt die Baubetreuung. Außerdem pachtet sie den Grundbesitz der immobiliengesellschaft auf die Dauer von zunächst 25 Jahren. Der jährliche Pachtzins für das Objekt wird so berechnet, daß hieraus eine jährliche Ausschüttung von mindestens 5 % des Nennbetrages an den jeweiligen Inhaber des Hausbesitzbriefes möglich ist. Scheidet die "Neue Heimat" aus dem Pachtverhältnis aus, entscheiden die Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objekts über die künftige Nutzung.

§ 3 Treuhandverhältnis

(1) Der Treuhänder wird für die Gesamtheit aller Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objekts tätig. Das Treuhandverhältnis wird gegenüber dem Ersterwerber eines Hausbesitzbriefes mit der Annahme des Gegenwertes durch den Treuhänder begründet.

(2) Der Treuhänder hat seinen Treuhandauftrag im Rahmen dieser Allgemeinen Bedingungen und des Gesellschaftsvertrages der Immobiliengesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nach pflichtgemäßem Ermessen zu erfüllen. Er erhält für seine Treuhändertätigkeit eine angemessene laufende Gebühr von zunächst jährlich 1/2 % des Nennbetrages aller Hausbesitzbriefe des Objekts.

(3) Das Treuhandverhältnis besteht auf unbestimmte Dauer. Es kann jedoch mit einer Frist von 12 Monaten zum Ende eines Kalenderjahres gekündigt wrden. Für eine Kündigung durch die Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objektes ist eine Mehrheit erforderlich, die Hausbesitzbriefe im Nennbetrag von 51 % des Nennbetrages aller Hausbesitzbriefe des Objektes innehat. Der Treuhänder kann nur aus wichtigem Grund kündigen. Im Falle seiner Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit scheidet der Treuhänder mit der Stellung des Antrages auf Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen aus dem Treuhandverhältnis aus, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

(4) Wird das Treuhandverhältnis gekündigt oder endet es ohne Kündigung, bestellt die Deutsche Revisions- und Treuhand Aktiengesellschaft Frankfurt/Main, die dabei nach Maßgabe der vom Institut der Wirtschaftsprüfer herausgegebenen Allgemeinen Auftragsbedingungen in ihrer jeweils gültigen Fassung handelt, namens der Gesamtheit aller Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objektes unverzüglich einen anderen geeigneten Treuhänder. Dieser tritt mit der Annahme des Amtes, jedoch nicht vor Erlöschen des bisherigen Treuhandverhältnisses, an Stelle des bisherigen Treuhänders in die Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag und diesen Allgemeinen Bedingungen ein. Bis dahin bleibt im Falle der Kündigung der bisherige Treuhänder - gegebenenfalls auch über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus - als Treuhänder im Amt bzw. werden bei Ausscheiden des Treuhänders ohne Kündigung (Abs. 3 Satz 5) die Rechte und Pflichten aus der Treuhandschaft von der Deutschen Bau- und Bodenbank Aktiengesellschaft, Frankfurt/Main wahrgenommen.

§ 4 Rechenschaftsbericht

(1) Der Treuhändern erstattet den Inhabern aller Hausbesitzbriefe des Objektes jährlich an Hand der von dem Pächter des Objektes gelegten Rechnung und des von der Immobiliengesellschaft erstellten Jahresberichts einen Bericht über das abgelaufene Kalenderjahr.

(2) Der Bericht enthält für das betreffende Jahr Angaben über die wesentlichen Vorgänge bei der Immobiliengesellschaft, über die Bewertung des Objektes durch den Beirat, über die Jahresausschüttung und über die steuerliche Rechnungslegung einschließlich der von der immobiliengesellschaft verbindlich für alle Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objekts festgesetzten Abschreibungsquoten.

§ 5 Jahresausschüttung

Die Jahresausschüttung steht der Gesamtheit der am 31. Dezember des Abrechnungsjahres im Register für die Hausbesitzbriefe des Objektes eingetragenen Inhaber zu und wird den einzelnen Inhabern zum 30. April des Folgejahres von dem Treuhänder abzüglich seiner laufenden Gebühr (§ 3 Abs. 2) ausgezahlt. Gleichzeitig erhält jeder Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objektes eine Bescheinigung über das auf ihn entfallende anteilige steuerliche Ergebnis.

§ 6 Übergang der Rechte

(1) Die Rechte aus dem Hausbesitzberief einschließlich der Rechte aus dem Treuhandverhältnis (§ 3) sind übertragbar. Die Übertragung sämtlicher Rechter wird erst mit der Eintragung des Erwerbers in das Register für die Hausbesitzbriefe des Objektes wirksam.

(2) Auch in allen sonstigen Fällen, z.B. im Falle des Todes oder bei jeder Art von Gläubigerzugriff, findet lediglich ein Wechsel des Inhabers statt.

(3) Jeder Inhaber von Hausbesitzbriefen erklärt sich unwiderruflich damit einverstanden, daß die Rechte anderer Inhaber von Hausbesitzbriefen auf Dritte übergehen können. Der Treuhänder ist bereit, bei einer Veräußerung beratend mitzuwirken.

(4)Bei jedem Rechtsübergang ist der Hausbesitzbrief an den Treuhänder zur Umschreibung einzusenden. Hierbei sind Name, Vorname, Anschrift, Finanzamt und - sowiet vorhanden - Steuernummer des Rechtsnachfolgers anzugeben. Der Einsender des Hausbesitzbriefes gilt dem Treuhänder gegenüber als zur Stellung des Umschreibungsantrages berechtigt.

(5) Sobald der Hausbesitzbrief mit denvollständigen Angaben über den Rechtsnachfolger vorliegt, hat der Treuhänder unverzüglich die Umschreibung auf den neuen Inhaber im Register für die Hausbesitzbreife des Objektes vorzunehmen und dem neuen Inhaber anzuzeigen. Eintragungsanträge, die nach dem 30. November eines Jahres bei dem Treuhänder eingehen, werden erst zum 1. Januar des nächstfolgenden Jahres ausgeführt.

(6) Der Treuhänder erhält für die Umschreibung des Hausbesitzbriefes im Register eine Gebühr, die bei Rücksendung des Briefes an den Rechtsnachfolger durch Nachnahme erhoben wird.

§ 7 Auflösung und Liquidation

(1) Die Auflösung der Immobiliengesellschaft findet statt, wenn

a) das geplante Objekt, insbesondere aus Gründen höherer Gewalt nicht verwirklicht werden kann;

b) bei zufälligem Untergang das Objekt nicht wieder aufgebaut wird;

c) die Inhaber der Hausbesitzberiefe des Objekts nicht mit einer Mehrheit, die Hausbesitzbriefe im Nennbetrag von 75% des Nennbetrages aller Hausbesitzbriefe des Objektes inne-

hat, einen Beschluß über die künftige Nutzung fassen (§ 2 Abs. 5 Satz 4);

d) die Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objektes mit einer Mehrheit, die Hausbesitzbriefe im Nennbetrag von 75 % des Nennbetrages aller Hausbesitzbriefe des Objektes innehat, die Auflösung beschließen.

(2) Im Falle der Auflösung wird die Immobiliengesellschaft von dem Treuhänder liquidiert. Das Gesellschaftsvermögen wird unter Wahrung der Interessen aller Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objektes mit wirtschaftlich vertretbarer Beschleunigung verwertet. Der bei der Immobiliengesellschaft gebildete Beirat ist hierbei rechtzeitig vor Abschluß von Verträgen über die Veräußerung von Grundbesitz darüber zu hören, ob der in Aussicht genommene Kaufpreis wertgerecht ist.

(3) Der Treuhänder zahlt den ihm zufließenden Liquidationserlös nach Abzug einer angemessenen Liquidationsgebühr an die im Zeitpunkt der Auszahlung im Register für die Hausbesitzbriefe des Objektes eingetragenen Inhaber gegen Rückgabe der Hausbesitzbriefe anteilig im Verhältnis des Nennbetrages aller Hausbesitzbriefe des Objektes aus. Weitergehende Ansprüche, insbesondere auf Schadensersatz, sind ausgeschlossen.

§ 8 Schlußbestimmungen

(1) Mit dem Erwerb des Hausbesitzbriefes erklärt der Erwerber seine Zustimmung zu diesen Allgemeinen Bedingungen und zu dem Gesellschaftsvertrag der Immobiliengesellschaft in deren jeweiliger Fassung.

(2) Die Allgemeinen Bedingungen und der Gesellschaftsvertrag der Immobiliengesellschaft dürfen nur aus zwingenden Gründen geändert werden. Änderungen dürfen nur im Einvernehmen mit der Deutschen Revisions- und Treuhand-Aktiengesellschaft, Frankfurt/Main, vorgenommen werden, die dabei nach Maßgabe der vom Institut der Wirtschaftsprüfer herausgegebenen Allgemeinen Auftragsbedingungen in ihrer jeweils gültigen Fassung handelt, und treten mit der Absendung einer Veränderungsanzeige an die letztbekannte Anschrift der im Register für die Hausbesitzbriefe des Objektes eingetragenen Inhaber in Kraft. Durch eine Änderung kann eine Nachschußpflicht der Inhaber der Hausbesitzbriefe nicht begründet werden.

(3) Der Treuhänder haftet den Inhabern der Hausbesitzbriefe des Objektes für die Einhaltung der ihm nach den Allgemeinen Bedingungen und dem Gesellschaftsvertrag der Immobiliengesellschaft obliegenden Verpflichtungen. Weitergehende Ansprüche können nicht erhoben werden.

(4) Mündliche Nebenabreden sind unwirksam.

Dr. Görtmüller KG

Vertrag

über die Errichtung der

Immobiliengesellschaft Dr. Görtmüller Kommanditgesellschaft

zwischen

1. Herrn Vizepräsident a.D. Dr. Wilhelm Görtmüller, Alzey/Rhh., Schafhäuserstraße 45,

2. Herrn Dipl.-Arch. Georg Bamberg, Hamburg 61, Am Licentiatenberg 11,

3. Herrn Dipl.-Volkswirt Wolfgang Vormbrock, Kiel, Forstweg 73,

4. der Deutschen Pfandbriefanstalt, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Wiesbaden, Paulinenstraße 15.

§ 1 Firma und Sitz

(1) Die Vertragschließenden gründen eine Kommanditgesellschaft unter der Firma "Immobiliengesellschaft Dr. Görtmüller Kommanditgesellschaft (Objekt Hamburg-West)".

(2) Sitz der Gesellschaft ist Düsseldorf.

§ 2 Gegenstand

Gegenstand der Gesellschaft ist es, die für das Objekt benötigten Grundstücke zu Eigentum oder Ebbaurecht zu erwerben, zu bebauen und nach Fertigstellung zu vermieten oder zu verpachten, sowie alle damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte zu tätigen.

§ 3 Dauer und Geschäftsjahr

(1) Die Gesellschaft beginnt mit ihrer Eintragung in das Handelsregister und wird auf unbestimmte Zeit errichtet.

(2) Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr. Das erste Geschäftsjahr beginnt mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und endet mit dem 31. Dezember des gleichen Jahres.

§ 4 Gesellschafter

(1) Persönlich haftende Gesellschafter sind Herr Dr. Wilhelm Görtmüller, Herr Dipl.Arch. Georg Bamberg und Herr Dipl.-Volkswirt Wolfgang Vormbrock.

(2) Alleiniger Kommanditist ist die Deutsche Pfandbriefanstalt in Wiesbaden. Sie erwirbt und hält die Kommanditbeteiligung im eigenen Namen für fremde Rechnung als Treuhänderkommanditist für

die Gesamtheit aller Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objekts.

(3) Die Rechte und Pflichten des Treuhänderkommanditisten gegenüber den Inhabern der Hausbesitzbriefe des Objekts ergeben sich aus den "Allgemeinen Bedingungen für den Hausbesitzbrief". Diese allen Gesellschaftern bekannten Allgemeinen Bedingungen werden von ihnen in der jeweiligen Fassung als auch für sie verbindlich anerkannt.

§ 5 Kapital

(1) Die Gesellschaftseinlage des Kommanditisten beträgt zunächst 100.000,-- DM (in Worten: Hunderttausend Deutsche Mark) und soll auf 30.000.000,-- DM (in Worten: Dreißig Millionen Deutsche Mark) erhöht werden. Die Gesellschaftseinlage wird nach Einzahlung dem allein für den Kommanditisten bestehenden Kapitalkonto gutgebracht. Sie kann durch Ausschüttungen bis auf den Betrag der Hafteinlage (Absatz 2) herabgesetzt werden.

(2) Die Hafteinlage des Kommanditisten beträgt zunächst 100.000,-- DM (in Worten: Hunderttausend Deutsche Mark); sie soll auf 1.500.000,-- DM (in Worten eine Million und fünfhunderttausend Deutsche Mark) erhöht werden.

(3) Die persönlich haftenden Gesellschafter haben keinen Kapitalanteil Sie sind zu einer Gesellschaftseinlage werder berechtigt noch verpflichtet.

§ 6 Geschäftsführung und Vertretung

(1) Zur Geschäftsführung und Vertretung sind die persönlich haftenden Gesellschafter gemeinschaftlich berechtigt und verpflichtet. Jeder von ihnen erhält für seine Tätigkeit eine feste jährliche Vergütung aufgrund einer besonderen Vereinbarung.

(2) Die persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen zu allen wesentlichen Geschäftsvorfällen der ausdrücklichen Einwilligung des Kommanditisten.

(3) Insbesondere bedürfen die persönlich haftenden Gesellschafter der ausdrücklichen Einwilligung des Kommanditisten

a) zu dem Erwerb und der Veräußerung von Grundbesitz,

b) zum Abschluß von Baubetreungs- und Pachtverträgen sowie zur Abänderung, Verlängerung oder Kündigung dieser Veträge und zur Abtretung von Rechten und Ansprüchen aus diesen Verträgen,

c) zu baulichen Veränderungen und zu Neueinrichtungen des Grundbesitzes der Gesellschaft,

d) zur Wiederherstellung der Gebäude im Falle eines totalen oder teilweisen Unterganges sowie zur Freigabe von Versicherungszahlungen hierzu,

e) zum Abschluß von Darlehnsverträgen und zur vorzeitigen Rückzahlung der aufgenommenen Darlehen,

f) zur Übernahme von Bürgschaften und Garantien,

g) zur Belastung des Grundbesitzes und zur Verfügung über Rechte am Grundbesitz der Gesellschaft,

h) zur Festlegung der Abschreibungsquote,

i) zur Feststellung des Jahresabschlusses und zur Verteilung des Jahresergebnisses,

k) zur Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Beirates (§8),

l) zur Bestellung und Abberufung von Prokuristen,

m) zur Liquidation der Gesellschaft.

§ 7 Gesellschafterbeschlüsse

(1) Gesellschafterbeschlüsse sind in allen Angelegenheiten der Gesellschaft zulässig.

(2) Die Beschlußfassung erfolgt mit einfacher Mehrheit nach der Zahl der Gesellschafter. Die Gesellschafterversammlung ist nur bei Anwesenheit eines Vertreters des Kommanditisten beschlußfähig.

(3) Zu allen Beschlüssen, die Angelegenheiten des § 6 Abs. 2 und 3 betreffen, sowie zu jeder Abänderung des Gesellschaftsvertrages ist die Zustimmung des Kommanditisten erforderlich.

§ 8 Beirat

(1) Bei der Gesellschaft wird ein Beirat gebildet, der aus mindestens drei sachverständigen Mitgliedern besteht und mit Stimmenmehrheit beschließt. Der Beirat wird durch die Gesellschafter jeweils auf die Dauer von drei Jahren bestellt; Wiederbestellung ist zulässig. Die Mitglieder des Beirats müssen die für ihre Tätigkeit erforderliche Sachkunde und Erfahrung besitzen und können vorzeitig nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Die Beiratsmitglieder erhalten für ihre Tätigkeit eine Vergütung und Auslagenersatz.

(2) Dem Beirat obliegt es, nach den für die Bewertung von Grundstücken geltenden Grundsätzen jährlich mindestens einmal nach dem Stand vom Jahresende das Grundvermögen der Gesellschaft zu bewerten.

(3) Der Beirat ist berechtigt, jederzeit die Unterlagen der Gesellschaft einzusehen und alle ihm erforderlich erscheinenden Auskünfte zu verlangen.

§ 9 Überwachungsrecht

Der Kommanditist hat über das Überwachungsrecht nach § 166 HGB hinaus das Recht, jederzeit die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen oder durch einen Buchsachverständigen einsehen zu lassen sowie von den persönlich haftenden Gesellschaftern alle ihm erforderlich erscheinenden Aufklärungen zu verlangen. Etwaige Kosten trägt die Gesellschaft.

§ 10 Jahresrechnung

(1) Die Jahresrechnung ist von den geschäftsführenden Gesellschaftern innerhalb von drei Monaten nach Jahresschluß aufzustellen. Diese haben binnen gleicher Frist auch den in § 4 Abs. 1 der "Allgemeinen Bedingungen für den Hausbesitzbrief" vorgesehenen Jahresbericht zu erstellen.

(2) Die Jahresrechnung einschließlich der steuerlichen Rechnungslegung (Einnahmen- und Ausgabenrechnung) ist von einem Wirtschaftsprüfer zu prüfen.

§ 11 Jahresertrag

Der nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung ermittelte Jahresertrag, soweit er nicht zu Rücklagen verwendet wird, ist an den Kommanditisten nach Ende eines jeden Geschäftsjahres ungeschmälert auszuschütten.

§ 12 Wettbewerb

Das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB gilt nicht.

§ 13 Ausscheiden

(1) In den einen persönlich haftenden Gesellschafter betreffenden Fällen der §§ 131 Ziff. 4, 5 und 6 sowie des § 135 HGB wird die Gesellschaft nicht aufgelöst. Der betroffene persönlich haftende Gesellschafter scheidet mit sofortiger Wirkung aus der Gesellschaft aus. Ein Auseinandersetzungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters besteht nicht. Die Gesellschaft wird unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Diese sind verpflichtet anstelle des ausgeschiedenen Gesellschafters unverzüglich eine andere geeignete Persönlichkeit als persönlich haftenden Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen.

(2) Erlischt der dem Kommanditisten erteilte Treuhandauftrag, so scheidet er mit dem Erlöschen des Treuhandverhältnisses aus der Gesellschaft aus. Zu diesem Zeitpunkt wird die Gesellschaft mit dem neuen Treuhänder (§3 Abs. 4 der Allgemeinen Bedingungen) als Kommanditist fortgesetzt. Hierzu gehen im Wege der Sonderrechtsnachfolge alle Rechte und Pflichten des ausscheidenden Kommanditisten unter Ausschluß der Auseinandersetzung auf den neuen Treuhänder über.

(3) Die persönlich haftenden Gesellschafter erklären hiermit, daß sie im Falle des Ausscheidens des Kommanditisten mit dem Eintritt eines anderen Kommanditisten gemäß Absatz 2 einverstanden sind und seiner Aufnahme als Kommanditist in die Gesellschaft zustimmen.

(4) In allen Fällen des Ausscheidens aus der Gesellschaft, einschließlich des Ausscheidens durch Ausschließung oder Tod, gibt der ausscheidende Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten ist, schon jetzt ausdrücklich seine Einwilligung zur Fortführung der Firma.

RWI-Fonds

Allgemeine Bedingungen
für Rheinisch-Westfälische Immobilien-Anteilscheine
-Zertifikatsbedingungen-

§ 1 RWI-Anteilscheine

Der RWI-Anteilschein ist eine Urkunde über einen Anteil an einer von der Westdeutschen Landesbank Girozentrale Düsseldorf/Münster (Treuhänderin) gesamttreuhänderisch zu haltenden Kommanditbeteiligung an der Rheinisch-Westfälische Immobilien-Anlagegesellschaft Fonds 17, Adolf Meyer Kommanditgesellschaft (Fonds-Gesellschaft). Der Anteil ergibt sich aus dem Verhältnis des Nennbetrages des einzelnen RWI-Anteilscheines zu den Nennbeträgen aller im Umlauf befindlichen RWI-Anteilscheine. Die Summe der Nennbeträge aller RWI-Anteilscheine des Fonds entspricht der Gesellschaftseinlage der Treuhänderin bei der Fonds-Gesellschaft. Eine Nachschußpflicht für die Anteilsberechtigten besteht nicht.

Der RWI-Anteilschein wird von der Treuhänderin auf den Namen des Anteilsberechtigten ausgestellt und lautet über DM 1.000,--, DM 2.000,--, DM 5.000,--, DM 10.000,--, DM 20.000,-- oder DM 50.000,--.

Die Treuhänderin führt über die ausgestellten RWI-Anteilscheine ein Register, in dem der jeweilige Anteilsberechtigte mit Namen, Vornahmen, Anschrift, Finanzamt und - soweit vorhanden - Steuernummer eingetragen wird.

Die im Register Eingetragenen gelten der Treuhänderin und der Fonds-Gesellschaft gegenüber als aus dem RWI-Anteilschein allein berechtigt.

§ 2 Fonds-Gesellschaft

Die Fonds-Gesellschaft besteht aus mindestens einem persönlich haftenden Gesellschafter und der Treuhandbank als Kommanditistin.

Aufgabe der Fonds-Gesellschaft ist es, für das Fonds-Vermögen unbebaute Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte zum Zwecke der Bebauung zu erwerben, Gebäude zu errichten oder bebaute Grundstücke anzukaufen, um diese Objekte oder Teile davon zu vermieten oder zu verpachten und alle damit zusammenhängenden Geschäfte zu tätigen.

Die Fonds-Gesellschaft hat die ordnungsgemäße Durchführung der Baumaßnahmen bis zur schlüsselfertigen Erstellung durch Abschluß von Baubetreuungsverträgen sowie die bestmögliche Nutzung und Verwaltung sicherzustellen. Es ist eine jährliche Nettoausschüttung von mindestens 5 % des Nennbetrages an den Anteilsberechtigten vorgesehen. Für das erste Geschäftsjahr wir die Ausschüttung zeitrangig berechnet.

§ 3 Treuhandverhältnis

Treuhänderin für die Anteilsberechtigten ist die Westdeutsche Landesbank Girozentrale Düsseldorf/Münster; diese wird für die Gesamtheit aller Anteilsberechtigten tätig. Das Treuhandverhältnis wird gegenüber dem Ersterwerber eines RWI-Anteilscheins mit der Annahme des Gegenwertes durch die Treuhandbank begründet.

Die Treuhänderin hat ihren Treuhandauftrag im Rahmen dieser Allgemeinen Bedingungen und des Gesellschaftsvertrages der Fonds-Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nach pflichtgemäßem Ermessen zu erfüllen. Sie erhält für ihre Treuhändertätigkeit eine angemessene laufende Gebühr von zusammen jährlich 1/2 % des Nennbetrages aller RWI-Anteilscheine des Fonds, die sich am 31.12. des Geschäftsjahres im Umlauf befinden.

Das Treuhandverhältnis besteht auf unbestimmte Dauer. Es kann jedoch mit einer Frist von 12 Monaten zum Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden. Für eine Kündigung durch die Anteilsberechtigten ist eine Mehrheit erforderlich, die RWI-Anteilscheine im Nennbetrag von 75 % des Nennbetrages aller RWI-Anteilscheine des Fonds innehat. Die Treuhänderin kann nur aus wichtigem Grund kündigen.

Wird das Treuhandverhältnis gekündigt, so bestellt die für die Treuhandbank zuständige staatliche Aufsichtsbehörde namens der Gesamtheit aller Anteilsberechtigten unverzüglich einen anderen geeigneten Treuhänder. Dieser tritt mit der Annahme des Amtes, jedoch nicht vor Erlöschen des bisherigen Treuhandverhältnisses anstelle der bisherigen Treuhandbank in die Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag und diesen Allgemeinen Bedingungen ein. Bis dahin bleibt die bisherige Treuhänderin - ggf. auch über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus- als Treuhänderin im Amt.

§ 4 Sachverständigen-Ausschuß

Bei der Fonds-Gesellschaft wird ein Sachverständigen-Ausschuß gebildet, der aus mindestens drei Mitgliedern besteht, von denen einer ein vereidigter Bausachverständiger sein muß. Der Sachverständigen-Ausschuß beschließt mit Stimmenmehrheit. Er wird durch die Fonds-Gesellschaft jeweils auf die Dauer von drei Jahren bestellt; Wiederbestellung ist zulässig. Die Mitglieder des Sachverständigen-Ausschusses können vorzeitig nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Sie erhalten für ihre Tätigkeit eine Vergütung und Auslagenersatz zu Lasten der Fonds-Gesellschaft.

Dem Sachverständigen-Ausschuß obliegt es, nach den für die Bewertung von Grundstücken geltenden Grundsätzen jährlich mindestens einmal nach dem Stand vom Jahresende das Grundvermögen der Fonds-Gesellschaft zu bewerten.

Der Sachverständigen-Ausschuß ist berechtigt, jederzeit die Unterlagen der Fonds-Gesellschaft einzusehen und alle ihm erforderlich erscheinenden Auskünfte zu verlangen.

§ 5 Rechenschaftsbericht

Die Treuhänderin erstattet den Anteilsberechtigten jährlich anhand der für die Fondsobjekte gelegten Rechnungen und des von der Fonds-Gesellschaft erstellten Jahresberichtes einen Bericht über das abgelaufene Kalenderjahr. Der Bericht enthält für das betreffende Jahr Angaben über die wesentlichen Vorgänge bei der Fonds-Gesellschaft, über die Bewertung der Fondsobjekte durch den Sachverständigen-Ausschuß, über die Jahresausschüttung und über die steuerliche Rechnungslegung einschließlich der von der Fonds-Gesellschaft für alle Anteilsberechtigten festgesetzten Abschreibungsquoten.

§ 6 Jahresausschüttung

Die Jahresausschüttung wird den Anteilsberechtigten zeitanteilig zugerechnet. Maßgeblich für die Berechnung ist das bei der Treuhandbank vorhandene Register.für RWI-Anteilscheine. Die Ausschüttung erfolgt jeweils zum 30.4. des Folgejahres.

Außerdem erhalten die Anteilsberechtigten eine Benachrichtigung über das auf einen Anteilschein entfallende anteilige steuerliche Ergebnis.

Im Falle des Zweit- oder späteren Erwerbs von RWI-Anteilscheinen ist die Treuhänderin nur verpflichtet, die steuerlichen Vorteile des Ersterwerbers für die späteren Anteils-Erwerber wahrzunehmen. Sollen weitere Steuervorteile für den späteren Erwerber durch die Treuhänderin wahrgenommen werden, so kann diese für die zusätzliche Tätigkeit angemessene Gebühren erheben.

§ 7 Übergang der Rechte

Die Rechte aus dem RWI-Anteilschein einschließlich der Rechte aus dem Treuhandverhältnis (§ 3) sind übertragbar. Die Übertragung sämtlicher Rechte wird erst mit der Eintragung des Erwerbers in das Register für die RWI-Anteilscheine des Fonds wirksam.

Auch in allen sonstigen Fällen, z.B. im Falle des Todes oder bei jeder Art von Gläubigerzugriff, findet lediglich ein Wechsel des Berechtigten statt. Jeder Anteilsberechtigte erklärt sich unwiderruflich damit einverstanden, daß die Rechte anderer Anteilsberechtigter auf Dritte übergehen können. Bei jedem Rechtsübergang ist der RWI-Anteilschein an die Treuhandbank einzusenden. Hierbei sind Name, Vornahme, Anschrift, Finanzamt und - soweit vorhanden - Steuernummer des Rechtsnachfolgers anzugeben. Der Einsender des RWI-Anteilscheins gilt der Treuhänderin gegenüber als zur Stellung des Umschreibungsantrages berechtigt.

Sobald der RWI-Anteilschein mit den vollständigen Angaben über den Rechtsnachfolger vorliegt, hat die Treuhänderin unverzüglich die Umschreibung auf den neuen Anteilsberechtigten im Register für die RWI-Anteilscheine des Fonds vorzunehmen und dem neuen Anteilsberechtigten anzuzeigen. Eintragungsanträge, die nach dem 30. November eines Jahres bei der Treuhandbank eingehen, werden erst zum 1. Januar des nächstfolgenden Jahres ausgeführt.

Die Treuhänderin erhält für die Umschreibung von RWI-Anteilscheinen im Register eine Gebühr, die bei Rücksendung des Anteilscheines an den Rechtsnachfolger durch Nachnahme erhoben wird.

Die Gebühr beträgt 1/2 %o vom Nennbetrag der Zertifikate, mindestens jedoch DM 5,--, höchstens DM 50,--.

§ 8 Rückgabe von RWI-Anteilen

Die Treuhänderin ist bereit, bei einer Veräußerung von RWI-Anteilen beratend und vermittelnd mitzuwirken.

Unabhängig davon hat der Anteilsberechtigte das Recht, RWI-Anteile über die Treuhandbank an die Fonds-Gesellschaft zurückzugeben und Zahlung des Anteilwertes zu verlangen. Wenn und soweit es bei der Rückgabe von RWI-Anteilscheinen erforderlich wird, Vermögenswerte des Fonds zu veräußern, wird der auf die zurückgenommenen RWI-Anteilscheine entfallene Anteilswert nach Eingang des Verwertungserlöses errechnet und ausgezahlt.

Die Verwertung hat unter Wahrung der Interessen der Anteilsberechtigten mit wirtschaftlich vertretbarer Beschleunigung zu erfolgen. Der bei der Fonds-Gesellschaft gebildete Sachverständigen-Ausschuß ist hierbei vor Abschluß von Verträgen über die Veräußerung von Grundbesitz darüber zu hören, ob der in Aussicht genommene Kaufpreis angemessen und das Interesse der übrigen Anteilsberechtigten gewahrt ist. Einwendungen von Anteilsberechtigten gegen die nach diesem Verfahren erfolgten Verwertungen sind ausgeschlossen. Soweit RWI-Anteilscheine aus der Verwertung des Fonds-Vermögens abgerechnet worden sind, werden sie eingezogen. § 9 Abs. 3 gilt entsprechend.

Als Abgeltung für die im Zusammenhang mit der Vermittlung oder Rücknahme von RWI-Anteilscheinen geleistete Tätigkeit erhält die Treuhänderin eine Gebühr von 2 % des Rückgabepreises.

§ 9 Auflösung und Liquidation

Die Auflösung der Fonds-Gesellschaft findet nur aus wichtigen Gründen statt. Die Treuhandbank wird dem Beschluß zur Auflösung der Fonds-Gesellschaft nur zustimmen, wenn eine Mehrheit von Anteilsberechtigten, die RWI-Anteilscheine im Nennbetrag von 75 % des Nennbetrages aller im Umlauf befindlichen RWI-Anteilscheine des Fonds innehat, sie dazu ermächtigt.

Im Falle der Auflösung wird die Fonds-Gesellschaft von der Treuhänderin liquidiert. Das Gesellschaftsvermögen wird gemäß § 8 Abs. 3 verwertet.

Die Treuhänderin zahlt den ihn zufließenden Liquidationserlös nach Abzug einer Liquidationsgebühr in Höhe von 2 % des Liquidationserlöses an die im Zeitpunkt der Auszahlung im Register für die RWI-Anteilscheine des Fonds eingetragenen Anteilsberechtigten gegen Rückgabe der RWI-Anteilscheine anteilig im Verhältnis des Nennbetrages der einzelnen RWI-Anteilscheine zu den Nennbeträgen aller im Umlauf befindlichen RWI-Anteilsscheine des Fonds aus.

§ 10 Schlußbestimmungen

Mit dem Erwerb des RWI-Anteilscheins erklärt der Erwerber seine Zustimmung zu diesen Allgemeinen Bedingungen und zu dem Gesellschaftsvertrag der Fonds-Gesellschaft in deren jeweiliger Fassung.

Die Allgemeinen Bedingungen und der Gesellschaftsvertrag dürfen nur im Einvernehmen mit der für die Treuhandbank zuständigen staatlichen Aufsichtsbehörde geändert werden und treten mit der Absendung einer Veränderungsanzeige an die letztbekannte Anschrift der im Register für die RWI-Anteilscheine des Fonds eingetragenen Anteilsberechtigten in Kraft.

Die Treuhänderin haftet den Anteilsberechtigten für die Einhaltung der ihr nach den Allgemeinen Bedingungen und dem Gesellschaftsvertrag der Fonds-Gesellschaft obliegenden Verpflichtungen. Weitergehende Ansprüche können nicht erhoben werden.

Mündliche Nebenabreden sind unwirksam.

RWI-Fonds

Vertrag

zwischen

1. Generaldirektor i.R. Dr. Alfred Steiger, Münster (Westf.)

2. Direktor i.R. Adolf Meyer, Düsseldorf

3. der Rheinischen Girozentrale und Provinzialbank, Düsseldorf, vertreten durch ...

4. der Landesbank für Westfalen Girozentrale, Münster (Westf.) vertreten durch ...

zu 3) und 4) im nachfolgenden "Kommanditisten" genannt

über die Errichtung der "Rheinisch-Westfälische Immobilien-Anlagegesellschaft Fonds Adolf Meyer Kommanditgesellschaft".

§ 1 Firma und Sitz

Die Vertragsschließenden gründen zwecks Bildung eines Immobilien-Fondsvermögens eine Kommenditgesellschaft unter der Firma "Rheinisch-Westfälische Immobilien-Anlagegesellschaft Fonds Adolf Meyer Kommanditgesellschaft". Sitz der Kommanditgesellschaft ist Düsseldorf.

§ 2 Gegenstand

Die Gesellschaft hat die Aufgabe, für das Fondsvermögen unbebaute Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte zum Zwecke der Bebauung zu erwerben, Gebäude zu errichten oder bebaute Grundstücke anzukaufen, um diese Objekte oder Teile davon zu vermieten oder zu verpachten und alle damit zusammenhängenden Geschäfte zu tätigen.

§ 3 Dauer und Geschäftsjahr

Die Gesellschaft wird auf unbestimmte Zeit errichtet; sie erlangt ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten mit ihrer Eintragung in das Handelsregister.

Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr. Das 1. Geschäftsjahr beginnt mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und endet mit dem 31. Dezember desselben Jahres.

§ 4 Gesellschafter

Persönlich haftende Gesellschafter sind die Vertragschließenden zu 1) und 2).

Die Vertragschließenden zu 3) und 4) sind Kommanditisten. Sie erwerben und halten die Kommanditbeteiligung im eigenen Namen für

fremde Rechnung als Treuhänderkommanditisten für die Gesamtheit aller Inhaber der über das Gesellschaftsvermögen ausgestellten Anteilscheine.

Die Rechte und Pflichten der Treuhänderkommanditisten gegenüber den Inhabern der Anteilscheine ergeben sich aus den Allgemeinen Bedingungen für Rheinisch-Westfälische Immobilien-Anteilscheine Fonds.

Die persönlich haftenden Gesellschafter erkennen diese Allgemeinen Bedingungen in der jeweils gültigen Fassung als auch für sie verbindlich an.

§ 5 Kapital

Die Gesellschaftseinlage der Kommanditisten beträgt zunächst insgesamt DM 100.000,-- (in Worten: Hunderttausend Deutsche Mark) und kann auf DM (in Worten: Deutsche Mark) erhöht werden. Die Gesellschaftseinlage wird nach Einzahlung dem allein für die Kommanditisten bestehenden Kapitalkonto gutgebracht. Sie kann durch Ausschüttungen bis auf den Betrag der Hafteinlage (Abs. 2) herabgesetzt werden.

Die Hafteinlage der Kommanditisten beträgt zunächst insgesamt DM 100.000,-- (in Worten: Hunderttausend Deutsche Mark); sie kann auf DM 1.000.000,-- (in Worten: Eine Million Deutsche Mark) erhöht werden.

Die Einlageverpflichtung verteilt sich je zur Hälfte auf die Kommanditisten.

Die persönlich haftenden Gesellschafter haben keinen Kapitalanteil Sie sind zu einer Einlage weder berechtigt noch verpflichtet.

§ 6 Geschäftsführung und Vertretung

Die Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft üben die persönlich haftenden Gesellschafter nur gemeinschaftlich aus (Gesamtvertretung). Die persönlich haftenden Gesellschafter erhalten für ihre Tätigkeit eine fest jährliche Vergütung aufgrund einer besonderen Vereinbarung.

Zu allen wesentlichen Geschäftsvorfällen ist die Zustimmung der Kommanditisten erforderlich.

Die Zustimmung der Kommanditisten ist insbesondere einzuholen

a) zum Erwerb, zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken der Gesellschaft und zur Verfügung über Rechte am Grundbesitz der Gesellschaft,

b) zum Abschluß und zur Kündigung von Darlehnsverträgen mit Dritten,

c) zum Übernahme von Bürgschaften und Garantien,

d) zum Abschluß, zur Abänderung, Verlängerung oder Kündigung von Geschäftsbesorgungsverträgen mit Dritten und Pachtverträgen,

e) zur baulichen Veränderung am Grundbesitz der Gesellschaft und zu Neubauten,

f) zur Wiederherstellung der Gebäude im Falle eines totalen oder teilweisen Untergangs sowie zur Freigabe von Versicherungszahlungen hierzu,

g) zur Festlegung der Abschreibungsquote,

h) zur Bestellung und Abberufung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.

§ 7 Gesellschafterbeschlüsse

Angelegenheiten, die das Verhältnis der Gesellschaft zu den Gesellschaftern oder der Gesellschafter untereinander betreffen, bedürfen der Beschlußfassung durch die Gesellschafterversammlung.

Die Gesellschafterversammlung ist beschlußfähig, wenn beide Kommanditisten in der Gesellschafterversammlung vertreten sind. Bei der Beschlußfassung hat jeder Kommanditist doppeltes Stimmrecht.

Die Beschlußfassung erfolgt mit einfacher Stimmenmehrheit nach der Zahl der Stimmen. Bei Stimmengleichheit geben die Stimmen der Kommanditisten den Ausschlag.

§ 8 Überwachungsrecht

Die Kommanditisten haben das Recht, jederzeit die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen sowie von der Geschäftsführung ihnen erforderlich erscheinende Aufklärungen zu verlangen.

Etwaige Kosten trägt die Gesellschaft.

§ 9 Wettbewerb

Das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB gilt nicht.

§ 10 Jahresrechnung

Die Geschäftsführung hat innerhalb von 4 Monaten nach Schluß des Geschäftsjahres eine Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung (Jahresabschluß) aufzustellen.

Die Jahresrechnung einschließlich der steuerlichen Rechnungslegung (Einnahmen- und Ausgabenrechnung) ist von einem Wirtschaftsprüfer zu prüfen.

Über den Jahresabschluß beschließt die Gesellschafterversammlung.

Die Gesellschafterversammlung beschließt ebenso über die jährliche Ausschüttung.

Die Ausschüttung erfolgt nur an die Kommanditisten. Ihre Grundlage sind die der Gesellschaft zugeflossenen Einnahmen, soweit diese für die Gesellschaftszwecke nicht mehr benötigt werden.

§ 11 Ausscheiden

Die Gesellschafterversammlung aknn mit Stimmenmehrheit das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters beschließen. Ein Auseinandersetzungsanspruch für den ausscheidenden Gesellschafter besteht nicht. Die Gesellschaft wird unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Diese sind berechtigt, anstelle des ausgeschiedenen Gesellschafters eine andere geeignete Persönlichkeit als persönlich haftenden Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen.

Die Bestimmungen des Abs. 1 gelten für einen persönlich haftenden Gesellschafter auch in den Fällen der §§ 131 Ziff4, 5 und 6 sowie des § 135 HGB.

Erlischt der den Kommanditisten erteilte Treuhandauftrag, so scheiden sie mit dem Erlöschen des Treuhandverhältnisses aus der Gesellschaft aus. Zu diesem Zeitpunkt wird die Gesellschaft mit neuen Treuhändern als Kommanditisten fortgesetzt. Hierzu gehen im Wege der Sonderrechtsnachfolge alle Rechte und Pflichten der ausscheidenden Kommanditisten unter Ausschluß der Auseinandersetzung auf die neuen Treuhänder über.

Die persönlich haftenden Gesellschafter erklären hiermit, daß sie im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten mit dem Eintritt eines anderen Kommanditisten gemäß Abs. 3 einverstanden sind und seiner Aufnahme als Kommanditist in die Gesellschaft zustimmen.

In allen Fällen des Ausscheidens aus der Gesellschaft gibt der ausscheidende Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten ist, schon jetzt ausdrücklich seine Einwilligung zur Fortführung der Firma.

§ 12 Auflösung und Liquidation

Über die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft beschließt die Gesellschafterversammlung. Die Durchführung bestimmt sich nach Maßgabe der Allgemeinen Bedingungen.

§ 13 Rechtswirksamkeit und Ergänzung des Vertrages

Falls eine Bestimmung dieses Vertrages der Rechtswirksamkeit entbehrt oder eine Lücke im Vertrag gegeben ist, so soll dadurch die Rechtswirksamkeit des übrigen Vertragsinhalts nicht berührt werden. Die unwirksame oder fehlende Bestimmung soll vielmehr durch eine andere ersetzt werden, die dem in diesem Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien nach Möglichkeit gerecht wird.

Mannheimer Fonds

Allgemeine Bedingungen für Immobilien - Leasing - Zertifikate der Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH & Co. Kommanditgesellschaft Anlagefonds Mannheim 1

§ 1

Immobilien - Leasing - Zertifikat.

Das Immobilien-Leasing-Zertifikat, im folgenden "Zertifikat" genannt, ist eine Urkunde über einen Anteil an einer von der Investitions- und Handels-Bank Aktiengesellschaft, Frankfurt am Main (Treuhänderin) treuhänderisch zu haltenden Kommanditbeteiligung an der Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH & Co. Kommanditgesellschaft Anlagefonds Mannheim 1 (Fonds-Gesellschaft). Der Anteil bemißt sich nach dem Verhältnis des Nennbetrages des einzelnen Immobilien-Leasing-Zertifikats zu den Nennbeträgen aller über den Fonds ausgestellten Immobilien-Leasing-Zertifikate. Die Summe der Nennbeträge aller Zertifikate des Fonds entspricht der Gesellschaftseinlage der Treuhänderin bei der Fonds-Gesellschaft. Die Summe der Nennbeträge bleibt bis zur Auflösung der Fonds-Gesellschaft (§ 11) unverändert. Eine Nachschußpflicht für die Inhaber der Zertifikate besteht nicht.

Das Zertifikat wird von der Treuhänderin auf den Namen des Anteilsberechtigten ausgestellt und lautet über DM 1.000,-- (in Worten: Eintausend Deutsche Mark). Die Treuhänderin führt über die ausgegebenen Zertifikate ein Register, in dem der jeweilige Inhaber des Zertifikats eingetragen wird.

Die im Register Eingetragenen gelten der Treuhänderin und der Fonds Gesellschaft gegenüber als aus dem Zertifikat allein berechtigt.

§ 2

Fonds-Gesellschaft

Die Fonds-Gesellschaft besteht aus den persönlich haftenden Gesellschaftern und der Treuhänderin als Kommanditistin. Für die Fonds-Gesellschaft gilt der vorstehend abgedruckte Gesellschaftsvertrag.

Aufgabe der Fonds-Gesellschaft ist es, für das Fondsvermögen unbebaute Grundstücke zum Zwecke der Bebauung zu erwerben und zu bebauen, die ordnungsgemäße Durchführung der Baumaßnahmen bis zur schlüsselfertigen Erstellung durch Abschluß entsprechender Verträge sowie die bestmögliche Nutzung und Verwaltung der Baulichkeiten sicherzustellen.

§ 3

Nutzung des Fonds-Vermögens

Die europa-markt GmbH, Mannheim, mietet den Grundbesitz der Immo-

bilien-Gesellschaft auf die Dauer von zunächst 25 Jahren. Der Miet zins für das Objekt ist so berechnet, daß eine jährliche Ausschüttung von mindestens 7 % des Nennbetrages der Zertifikate an die Inhaber der Zertifikate ermöglicht wird.

Scheidet die europa-markt GmbH, Mannheim, oder ihre Rechtsnachfolgerin aus dem Mietverhältnis aus, entscheiden die Inhaber der Zertifikate mit einer Mehrheit von 75 % der Nennbeträge aller Zertifikate auf Vorschlag der Treuhänderin über die künftige Nutzung.

§ 4

Treuhandverhältnis

Treuhänderin für die Anteilsberechtigten (Inhaber der Zertifikate) ist die Investitions- und Handels-Bank Aktiengesellschaft, Frankfurt am Main. Sie wird im Rahmen eines bankgeschäftlichen Geschäftsbesorgungsvertrages für die Gesamtheit aller Anteilsberechtigten als Treuhänderin tätig. Das Treuhandverhältnis wird durch den Erwerb eines Zertifikats und die Eintragung des Inhabers des Zertifikats im Register begründet.

Die Treuhänderin hat ihren Treuhandauftrag im Rahmen dieser Allgemeinen Bedingungen für Immobilien-Leasing-Zertifikate und des Gesellschaftsvertrages der Fonds-Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach pflichtgemäßem Ermessen zu erfüllen. Sie erhält für ihre Treuhändertätigkeit eine Treuhandgebühr von jährlich 0,5 % des Nennbetrages aller Zertifikate des Fonds.

Das Treuhandverhältnis besteht auf unbestimmte Dauer. Es kann jedoch mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende des Kalenderjahres gekündigt werden. Für eine Kündigung durch die Anteilsbereichtigten ist eine Mehrheit erforderlich, die Zertifikate im Nennbetrag von 75 % des Nennbetrages aller Zertifikate des Fonds innehat. Die Treuhänderin wird von ihrem Kündigungsrecht nur aus wichtigem Grun Gebrauch machen.

Scheidet die Treuhänderin aus, so werden die verbleibenden Gesellschafter im Einvernehmen mit dem Experten-Komitee (§ 5) einen Nachfolger bestimmen. Der Nachfolger tritt in alle Rechte und Pflichte aus dem Gesellschaftsvertrag und diesen Allgemeinen Vertragsbedingungen ein. Bis zur Annahme des Amtes bleibt die bisherige Treuhänderin - ggf. auch über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus - als Treuhänderin im Amt.

§ 5

Experten-Komitee

Bei der Fonds-Gesellschaft wird ein Experten-Komitee gebildet, das aus mindestens drei Mitgliedern besteht. Die Mitglieder des Experten-Komitees müssen die für ihre Aufgabe erforderliche Sachkunde und Erfahrung haben. Das Experten-Komitee beschließt mit Stimmenmehrheit. Es wird durch die Fonds-Gesellschaft jeweils auf die

Dauer von drei Jahren bestellt; Wiederbestellung ist zulässig. Die Mitglieder des Experten-Komitees können vorzeitig nur als wichtigem Grund abberufen werden. Sie erhalten für ihre Tätigkeit eine Vergütung und Auslagenersatz zu Lasten der Fonds-Gesellschaft.

Dem Esperten-Komitee obliegt es, nach den für die Bewertung von Grundstücken und sonstigen Gütern geltenden Grundsätzen jährlich mindestens einmal nach dem Stand vom Jahresende das Vermögen der Fonds-Gesellschaft zu bewerten.

Das Experten-Komitee ist ferner bei Wechsel der Treuhänderin zu hören.

Das Experten-Komitee ist berechtigt, jederzeit die Unterlagen der Fonds-Gesellschaft einzusehen und alle erforderlich erscheinenden Auskünfte zu verlangen.

§ 6

Auftrag und Aufgaben der GFB Gesellschaft für Finanzberatung mbH, Düsseldorf (GFB).

Der Absatz der Zertifikate obliegt der GFB. Für diese Tätigkeit erhält die GFB von den Ersterwerbern der Zertifikate einmalig ein Agio zur Deckung der Placierungskosten von 4 v. H. des Zertifikatnennwertes (Gesamteinlage der Fonds-Gesellschaft). Das Agio ist mit der ersten Einzahlung an die Treuhandbank zu entrichten und ist zur Auszahlung von dieser an die GFB fällig, wenn die GFB den Abschluß der Zeichnung erklärt.

Die GFB verpflichtet sich, nach der Erstplacierung Zertifikate zur Weitervermittlung zu übernehmen. Für die Vermittlung von Zertifikaten an Zweiterwerber wird eine Gebühr von 1,5 % des Zertifikatnennwertes vom Verkäufer erhoben.

Die Treuhänderin ist bereit, bei einer Veräußerung von Zertifikaten mitzuwirken.

§ 7

Rechenschaftsbericht

Die Treuhänderin erstattet den Inhabern der Zertifikate jährlich anhand der für das Fondsobjekt gelegten Rechnungen und des von der Fonds-Gesellschaft erstellten und von einem Wirtschaftsprüfer testierten Jahresabschlusses einenRechenschaftsbericht über das abgelaufene Geschäftsjahr.

DerBericht enthält für das betreffende Jahr Angaben über die wesentlichen Vorfälle bei der Fonds-Gesellschaft, über die Bewertung der Fondsobjekte durch das Experten-Komitee in Form prozentualer Bewertungsziffern zum Nennwert (Kursentwicklung), über die Jahresausschüttung und über die steuerliche Rechnungslegung einschließlich der von der Fonds-Gesellschaft für die Anteilsbereichtigten festgesetzten Abschreibungsquoten.

§ 8

Gewinnausschüttung

Die Gewinnausschüttung steht der Gesamtheit der am 31. Dezember des Abrechnungsjahres im Register für die Zertifikate des Fonds eingetragenen Inhaber der Zertifikate zu und wird den einzelnen Anteilsberechtigten zum 30. April des Folgejahres von der Treuhänderin ausgezahlt. Gleichzeitig erhalten die Anteilsberechtigten eine Benachrichtigung über das auf ein Zertifikat entfallende anteilige steuerliche Ergebnis.

Das steuerliche Ergebnis wird durch die einheitliche Feststellung der Einkünfte gemäß § 215 Abgabenordnung für alle Zertifikat-Inhaber einheitlich ermittelt. In diesem Verfahren werden die jeweilig zulässigen steuerlichen Abschreibungen berücksichtigt. Damit die steuerlichen Abschreibungen allen Zertifikat-Inhabern gleichmäßig zugute kommen, verpflichten sich diese, alles zu unterlassen, was die von der Gesellschaft wahrgenommenen Abschreibungsmöglichkeiten beeinträchtigen könnte.

§ 9

Übergang der Rechte

Die Rechte aus dem Zertifikat einschließlich der Rechte aus dem Treuhandverhältnis sind übertragbar. Die Übertragung sämtlicher Rechte wird erst mit der Eintragung des Erwerbers in das Register für die Zertifikate des Fonds wirksam.

Jeder Inhaber von Zertifikaten erklärt sich unwiderruflich damit einverstanden, daß die Rechte anderer Inhaber von Zertifikaten auf Dritte übergehen können.

Bei jedem Rechtsübergang ist das Zertifikat an die Treuhänderin zur Umschreibung einzusenden. Hierbei sind Name, Vornahme, Anschrift Finanzamt und - soweit vorhanden - Steuernummer des Rechtsnachfolgers anzugeben. Der Einsender des Zertifikats gilt der Treuhänderin gegenüber als zur Stellung des Umschreibeantrages berechtigt.

Sobald das Zertifikat mit den vollständigen Angaben über den Rechtsnachfolger vorliegt, hat die Treuhänderin unverzüglich die Umschreibung auf den neuen Inhaber im Register für die Zertifikate des Objektes vorzunehmen und dem neuen Inhaber anzuzeigen.

§ 10

Rückgabepflicht und Wertsteigerung

Mit dem Erwerb eines Zertifikats verpflichtet sich jeder Erwerber gegenüber der GFB unwiderruflich sein Zertifikat nach Ablauf von 25 Jahren seit dem 1. Januar 1968 auf Verlangen an die GFB oder einen von dieser zu benennenden Dritten gegen Zahlung eines Kaufpreises von 150 % des Zertifikatnennwertes abzüglich der in § 6 vorgesehenen Vermittlungsvergütung zu übertragen.

§ 11

Auflösung und Liquidation

Die Auflösung der Fonds-Gesellschaft findet statt, wenn

1. das geplante Objekt, insbesondere aus Gründen höherer Gewalt, nicht verwirklicht werden kann;

2. bei zufälligem Untergang das Objekt nicht wieder aufgebaut wird;

3. die Inhaber der Zertifikate des Fonds nicht mit einer Mehrheit, die Zertifikate im Nennbetrag von 75 % des Nennbetrages aller Zertifikate des Fonds innehat, einen Beschluß über die künftige Nutzung des Objektes fassen.

Im Falle der Auflösung wird die Fonds-Gesellschaft von der Treuhänderin liquidiert. Das Gesellschaftsvermögen wird unter Wahrung der Interessen aller Anteilsberechtigten verwertet. Das bei der Fonds-Gesellschaft gebildete Experten-Komitee ist hierbei rechtzeitig vor der Veräußerung von Grundbesitz darüber zu hören, ob der in Aussicht genommene Kaufpreis angemessen ist.

Die Treuhänderin zahlt den ihr zufließenden Liquidationserlös nach Abzug einer angemessenen Liquidationsgebühr an die im Zeitpunkt der Auszahlung im Register für die Anteilscheine des Fonds eingetragenen Inhaber der Zertifikate gegen Rückgabe der Zertifikate anteilig im Verhältnis des Nennbetrages der einzelnen Zertifikate zu den Nennbeträgen aller Zertifikate des Fonds aus. Weitergehende Ansprüche, insbesondere auf Schadensersatz, sind ausgeschlossen.

§ 12

Schlußbestimmungen

Mit dem Erwerb eines Zertifikats erklärt jeder Erwerber seine Zustimmung zu diesen Allgemeinen Bedingungen und zu dem Gesellschaftsvertrag der Fonds-Gesellschaft in deren jeweiliger Fassung.

Die Allgemeinen Bedingungen und der Gesellschaftsvertrag der Fonds-Gesellschaft dürfen nur aus wichtigem Grund und mit Einwilligung des in § 10 des Gesellschaftsvertrages vorgesehenen Wirtschaftsprüfers geändert werden. Änderungen treten mit der Absendung einer Veränderungsanzeige an die letztbekannte Anschrift der im Register für die Zertifikate des Objektes eingetragenen Inhaber in Kraft.

Durch eine Änderung kann eine Nachschußpflicht der Inhaber der Zertifikate nicht begründet werden.

Die Treuhänderin haftet den Anteilsberechtigten für die Einhaltung der ihr nach den Allgemeinen Bedingungen und dem Gesellschaftsvertrag der Fonds-Gesellschaft obliegenden Verpflichtungen. Weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen.

Mündliche Nebenabreden sind unwirksam.

§ 13

Ausschließlicher Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Frankfurt am Main.

Kaufantrag

Die europa-markt GmbH, Mannheim 07,17,

vertreten durch den allein vertretungsberechtigten Geschäftsführer, Herrn Helmut Keil,

bietet der

GFB Gesellschaft für Finanzberatung mbH, Düsseldorf, Immermannstraße 10,

vertreten durch den allein vertretungsberechtigten Geschäftsführer, Herrn Rechtsanwalt Georg W. Engler,

die von der

Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH & Co. Kommanditgesellschaft Anlagefonds Mannheim 1,

mit der Placierung der Immobilien-Leasing-Zertifikate dieser Gesellschaft beauftragt ist, unwiderruflich für einen Zeitraum von 25 Jahren, beginnend mit dem 1. Dezember 1968, den Abschluß folgender Einzelkaufverträge an:

Die europa-markt GmbH kauft und übernimmt auf Verlangen der GFB Gesellschaft für Finanzberatung mbH, Düsseldorf, beginnend mit dem 1. Dezember 1968, jährlich 4 % der Immobilien-Leasing-Zertikikate von insgesamt DM 6.500.000,-- (in Worten: Sechsmillionenfünfhunderttausend Deutsche Mark) der Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH & Co. Kommanditgesellschaft Anlagefonds Mannheim 1 mit einem je Kalenderjahr um 2 % steigenden Aufgeld bezogen auf den Nennwert der Zertifikate entsprechend folgendem Beispiel:

Zertifikatwert 1968:	102 %
Zertifikatwert 1969:	104 %
Zertifikatwert 1977:	120 %
Zertifikatwert 1990:	144 %
Zertifikatwert 1993:	150 %

Nicht erfüllte Ankaufsquoten werden für Ankäufe in den folgenden Jahren zu den dann geltenden Übernahmekursen vorgetragen.

Die GFB Gesellschaft für Finanzberatung mbH, Düsseldorf, ist berechtigt, ihre Rechte aus diesem Kaufantrag abzutreten.

Über alle Streitigkeiten, die sich aus diesem Vertrage oder über seine Gültigkeit ergeben sollten, soll ein Schiedsgericht gemäß der am heutigen Tage gesondert getroffenen Schiedsgerichtsvereinbarung entscheiden.

Gerichtsstand und Erfüllungsort für diese Vereinbarung ist Frankfurt am Main.

Mannheim, den 22.9.1967
gez. Keil

Düsseldorf, den 22.9.1967
gez. Engler

Mannheimer Fonds

Vertrag

zwischen

1. der Allgemeine Sachwert - Leasing Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Mannheim,

2. Herrn Rechtsanwalt Georg W. Engler, Düsseldorf,

3. der Investitions- und Handels - Bank Aktiengesellschaft, Frankfurt am Main,

über die Errichtung der
"Allgemeine Sachwert - Leasing Gesellschaft mbH & Co.
Kommanditgesellschaft Anlagefonds Mannheim 1".

§ 1

Firma und Sitz der Gesellschaft.

Die Vertragschließenden gründen zur Bildung eines Immobilien-Fondsvermögens eine Kommanditgesellschaft unter der Firma "Allgemeine Sachwert-Leasing Gesellschaft mbH & Co. Kommanditgesellschaft Anlagefonds Mannheim 1".

Sitz der Kommanditgesellschaft ist Düsseldorf.

§ 2

Gegenstand der Gesellschaft.

Gegenstand der Gesellschaft ist es, Vermögensverwaltung in der Weise zu betreiben, daß sie Grundstücke und/oder grundstücksgleiche Rechte zum Zwecke der Bebauung erwirbt und bebaut, um diese Objekte oder Teile derselben zu vermieten oder zu verpachten oder als Vermieter oder Verpächter in bestehende Miet- oder Pachtverhältnisse einzutreten und alle damit zusammenhängenden Geschäfte zu tätigen sowie die Objekte nach Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses zu veräußern.

§ 3

Dauer und Geschäftsjahr.

Die Gesellschaft wird auf unbestimmte Zeit errichtet; die Kündigung ist nur aus wichtigem Grunde zulässig. Sie beginnt mit ihrer Eintragung in das Handelsregister. Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr. Das erste Geschäftjahr beginnt mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und endet mit dem 31. Dezember desselben Jahres.

§ 4

Gesellschafter.

Persönlich haftende Gesellschafter sind die Vertragschließenden zu 1) bis 2).

Die Vertragschließende zu 3) ist Kommanditistin. Sie erwirbt und hält die Kommanditbeteiligung im eigenen Namen für fremde Rechnung als Treuhänderkommanditistin für die Gesamtheit aller Inhaber der über das Gesellschaftsvermögen ausgestellten Zertifikate.

§ 5

Kapital.

Die Gesellschaftseinlage der Kommanditistin beträgt zunächst DM 10.000,-- (in Worten: Zehntausend Deutsche Mark) und soll auf 6.500.000,-- (in Worten: Sechsmillionenfünfhunderttausend Deutsche Mark) erhöht werden.

Die Gesellschaftseinlage wird nach Einzahlung dem allein für die Kommanditistin bestehenden Kapitalkonto gutgebracht.

Die Hafteinlage der Kommanditistin beträgt zunächst DM 10.000,-- (in Worten: Zehntausend Deutsche Mark); sie soll auf DM 1.000.000,- (in Worten: Eine Million Deutsche Mark) erhöht werden.

Die persönlich haftenden Gesellschafter haben keinen Kapitalanteil Sie sind zu einer Gesellschaftseinlage weder berechtigt noch verpflichtet.

§ 6

Geschäftsführung und Vertretung.

Die Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft üben die persönlich haftenden Gesellschafter gemeinschaftlich aus (Gesamtvertretung). Wird in Fragen der Geschäftsführung unter den persönlich haftenden Gesellschaftern eine Einigung nicht erzielt, so kann jeder persönlich haftende Gesellschafter die Entscheidung der Gesellschafterversammlung herbeiführen.

Die persönlich haftenden Gesellschafter erhalten für ihre Tätigkei eine feste jährliche Vergütung aufgrund einer besonderen Vereinbarung.

Zu wesentlichen Geschäftsvorfällen ist die Einwilligung der Komman ditistin erforderlich. Die persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen der Einwilligung der Kommanditistin insbesondere zu folgenden Rechtsgeschäften:

a) zum Erwerb, zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken oder langlebigen Wirtschaftsgütern der Gesellschaft und zur Verfügun über Rechte am Grundbesitz der Gesellschaft,

b) zum Abschluß und zur Kündigung von Darlehnsverträgen mit Dritten und zur vorzeitigen Rückzahlung der aufgenommenen Darlehen,

c) zur Übernahme von Bürgschaften und Garantien sowie Wechselverpflichtungen,

d) zum Abschluß, zur Abänderung, Verlängerung oder Kündigung von Geschäftsbesorgungsverträgen mit Dritten, Miet- und Pachtverträgen und zur Abtretung von Rechten und Ansprüchen aus diesen Verträgen,

e) zur baulichen Veränderung am Grundbesitz der Gesellschaft und zu Neubauten sowie zu Investitionen jeder Art,

f) zur baulichen Veränderung und Wiederherstellung der Gebäude, also allen Investitionen, im Falle eines totalen oder teilweisen Untergangs sowie zur Freigabe von Versicherungszahlungen hierzu,

g) zur Festlegung der Abschreibungsquote,

h) zur Bestellung und Abberufung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten,

i) zur Einstellung von Mitarbeitern mit Jahresbezügen von mehr als DM 12.000,--,

j) zum Abschluß von Pensions- und Tantiemevereinbarungen,

k) zur Beauftragung des Wirtschaftsprüfers.

§ 7

Gesellschafterbeschlüsse.

Angelegenheiten, die das Verhältnis der Gesellschaft zu den Gesellschaftern oder der Gesellschafter untereinander betreffen, bedürfen der Beschlußfassung durch die Gesellschafterversammlung.

Die Gesellschafter sind von der Geschäftsführung mit einer Frist von zwei Wochen zur Gesellschafterversammlung einzuladen. Die Gesellschafterversammlung ist in den Angelegenheiten des § 6 a) bis h) nur beschlußfähig, wenn die Kommanditistin in der Gesellschafterversammlung vertreten ist.

Die Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung erfolgt mit einfacher Stimmenmehrheit. Bei der Beschlußfassung hat die Kommanditistin doppelt soviel Stimmen wie alle Komplementäre zusammmen.

Jeder Gesellschafter kann jederzeit die Einberufung der Gesellschafterversammlung verlangen. Kommt die Geschäftsführung einem Ersuchen der Kommanditistin auf Einberufung der Gesellschafterversammlung nicht nach, so kann die Kommanditistin die Gesellschafterversammlung einberufen.

Die Beschlußfassung der Gesellschafter kann auch formlos, außerhalb einer Gesellschafterversammlung erfolgen, sofern die Gesellschafter sich vorher mit diesem Verfahren einverstanden erklären.

§ 8

Überwachungsrecht.

Die Kommanditistin hat das Recht, jederzeit die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen oder durch einen sachverständigen Dritten einsehen zu lassen, sowie von der Geschäftsführung alle ihr erforderlich erscheinenden Auskünfte und Aufklärungen zu verlangen.

Etwaige Kosten trägt die Gesellschaft.

§ 9

Ausschluß des Wettbewerbsverbots.

Die Bestimmungen der §§ 112/113 HGB finden für alle Gesellschafter keine Anwendung.

§ 10

Jahresrechnung.

Die Geschäftsführung hat innerhalb von 3 Monaten nach Schluß des Geschäftsjahres eine Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung (Jahresabschluß) aufzustellen.

Die Jahresrechnung, einschließlich der steuerlichen Rechnungslegung (Einnahmen- und Ausgabenrechnung) ist von einem Wirtschaftsprüfer zu prüfen.

Über den Jahresabschluß beschließt die Gesellschafterversammlung.

Die Gesellschafterversammlung ist berechtigt, offene Rücklagen zu bilden.

Der ermittelte Jahresertrag ist, soweit er nicht zur Bildung von Rücklagen verwendet wird, an die Kommanditistin ungeschmälert mit der Maßgabe auszuschütten, daß an die Inhaber der Zertifikate, für welche die Kommanditistin treuhänderisch tätig ist, aus dem zur Verteilung gelangenden Gewinn mindestens 7 % der Gesamteinlage, bezogen auf den Nennwert der Zertifikate, ausgeschüttet wird.

§ 11

Ausscheiden.

Die Gesellschafterversammlung kann mit Stimmenmehrheit das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters aus wichtigem Grund beschließen. Auseinandersetzungsanspruch für einen ausscheidenden persönlich haftenden Gesellschafter besteht nicht. Durch das Ausscheiden oder den Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst. Die Gesellschaft wird ohne die Erben eines verstorbenen persönlich haftenden Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Diese sind berech-

und im Falle des Ausscheidens oder Todes eines einzigen persönlich haftenden Gesellschafters verpflichtet, und zwar dann unverzüglich, anstelle des ausgeschiedenen oder verstorbenen Gesellschafters eine andere geeignete Persönlichkeit oder juristische Personen als persönlich haftende Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen. Erlischt der erteilte Treuhandauftrag der Kommanditistin, so scheidet diese mit dem Erlöschen des Treuhandverhältnisses aus der Gesellschaft aus. Zu diesem Zeitpunkt wird die Gesellschaft mit einem oder mehreren neuen Treuhändern als Kommanditisten fortgesetzt. Hierzu gehen im Wege der Sonderrechtsnachfolge alle Rechte und Pflichten der ausscheidenden Kommanditistin unter Ausschluß der Auseinandersetzung auf den oder die neuen Treuhänder über. Die persönlich haftenden Gesellschafter erklären hiermit, daß sie im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten mit dem Eintritt eines anderen Kommanditisten gemäß dieser Bestimmung einverstanden sind und seiner Aufnahme als Kommanditist in die Gesellschaft zustimmen.

In allen Fällen des Ausscheidens aus der Gesellschaft gibt der ausscheidende Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten ist, schon jetzt ausdrücklich seine Einwilligung zur Fortführung der Firma.

§ 12

Auslösung und Liquidation.

Die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft beschließt die Gesellschafterversammlung. Die Durchführung bestimmt sich nach Maßgabe der Zertifikatsbedingungen.

§ 13

Rechtswirksamkeit und Ergänzung des Vertrages.

Falls eine Bestimmung dieses Vertrages der Rechtswirksamkeit entbehrt oder eine Lücke im Vertrag gegeben ist, so soll dadurch die Rechtswirksamkeit des übrigen Vertragsinhalts nicht berührt werden. Die unwirksame oder Fehlbestimmung soll vielmehr durch eine andere ersetzt werden, die dem in diesem Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien nach Möglichkeit gerecht wird.

§ 14

Schiedsgericht.

Über alle Streitigkeiten aus diesem Gesellschaftsvertrag zwischen den Parteien des Vertrages entscheidet ein Schiedsgericht endgültig und unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges gemäß der als Anlage beigefügten Schiedsgerichtsvereinbarung.

§ 15

Gerichtsstand.

Gerichtsstand und Erfüllungsort ist Frankfurt/Main.

Frankfurt/Main, 22. September 1967

Lebenslauf

Am 1. Januar 1943 wurde ich als Sohn des Obersteuerrats Günter Hanne und seiner Ehefrau Ursula, geb. Hennig, in Berlin geboren.

Nach sechsjähriger Volksschulzeit an der 22. Grundschule in Berlin-Hermsdorf besuchte ich seit 1955 die Hans-Thoma-Schule (Neusprachliches Gymnasium) in Berlin-Hermsdorf, an der ich am 1. März 1962 das Abitur bestand.

Vom Sommersemester 1962 an studierte ich an der Freien Universität Berlin Rechtswissenschaft. Im Sommersemester 1963 war ich an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz immatrikuliert, kehrte anschließend nach Berlin zurück, wo ich am 5. April 1967 vor dem Justizprüfungsamt Berlin die erste juristische Staatsprüfung bestand.

Seit Juni 1967 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst im Kammergerichtsbezirk.